# Die Verwirkung im geltenden Recht

## Inaugural-Dissertation

zur

## Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

**hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät**

der

**Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br.**

vorgelegt von

**Norbert Overbeck**

**aus Essen**

**Gedruckt bei Fredebeul & Koenen, Essen**

**1934**

Referent: Professor Dr. Grossmann-Doerth.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

# Inhaltsübersicht.

## Einleitung.

### I. Teil.

### Die Verwirkungsfälle der Reichsgerichtspraxis.


Seite

1. Verwirkung im Aufwertungsrecht . . . . . 15—18
2. Verwirkung im BGB. . . . . 18—21
3. Verwirkung im HGB. . . . . 21—24
4. Verwirkung im Arbeitsrecht . . . . . 24—26
5. Verwirkung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht . . . . . 26—27
6. Verwirkung im Urheberrecht . . . . . 27
7. Verwirkung im öffentlichen Recht . . . . . 28—30


### II. Teil.

### Der Rechtsbegriff.


1. Allgemeine Begriffsbestimmung . . . . . 31—32
2. Verhältnis derVerwirkung zu ähnlichen gesetzlich geregelten Einrichtungen 32—33


### III. Teil.

### Wesen und Rechtsnatur der Verwirkung.

A. Verwirkung und Verschweigung.


1. Die Verschweigung im alten deutschen Recht . . . . . 34—35
2. Berücksichtigung der Verschweigung im geltenden Recht. Verhältnis zur Verwirkung . . . . . 36—38


B. Die Ableitung aus dem geltenden Recht.


1. Verjährung oder Ausschlußfrist? . . . . . 38
2. Ersitzung? . . . . . 38—39
3. Verzicht? . . . . . 39
4. Ein Fall des venire contra factum proprium? . . . . . 39—40
5. Rechtsprechungsgewohnheitsrecht? . . . . . 40
6. Verwirkung ist Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) 40
   1. Stellungnahme des Reichsgerichts und der Lehre . . . . . 40
      a) Die Konstruktion des Reichsgerichts . . . . . 40—41
      b) Angriffe der Lehre gegen die Rechtsprechung . . . . . 41—43
   2. Eigene Stellungnahme . . . . . 43
      a) § 242 BGB. als dogmatische Grundlage der Verwirkung (Rechtfertigung des RG.) . . . . . 43—46
      b) Zulassung der Verwirkung außerhalb des Aufwertungsrechts . . 46—47
      c) Verwirkung ein außergewöhnlicher Rechtsbehelf . . . . . 48—50

## IV. Teil.

## Die Voraussetzungen der Verwirkung im einzelnen.

Seite

1. Das Schweigen des Berechtigten . . . . . 51
2. Zeitablauf . . . . . 51
3. Die Veranlassung zum Handeln . . . . . 52—54
4. Kenntnis des Berechtigten . . . . . 54—55
5. Ausschlußgründe . . . . . 55—57
6. Die wirtschaftliche Einstellung des Schuldners . . . . . 57—59
7. Der wertvolle Besitzstand im Wettbewerbsrecht . . . . . 59—62

## V. Teil.

## Die Wirkung der Verwirkung.

1. Unklarheit in Rechtsprechung und Lehre . . . . . 63
2. Einrede oder Einwendung . . . . . 63—65
Schlußwort . . . . . 66

# Verzeichnis der benutzten Schriften

*Abraham*: Steht der Rüge der Verletzung von Gründungs- und Nachgründungsvorschriften der Einwand der Verwirkung entgegen? JW. 1930, 1354.

*Baumbach*: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht. GRUR. 1930, 35. Jahrg., 251.

— Das gesamte Wettbewerbsgesetz. 2. Aufl. 1931.

*Becher*: Komm. z. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2. Aufl. 1932.

*Becher, Karl*: Zur Lehre von der Verwirkung, in Mitteilungen vom Verband Deutscher Patentanwälte. 1933, Nr. 2, 44.

*Beisler*: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruches. JW. 1928, 1337.

*Bessau, Hallamik*: Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Mitgliedern des RG. 8. Aufl. 1934.

*Best*: Verwirkung? JW. 1932, 1801 ff.

*Brenner*: Die exceptio doli in den Entscheidungen des RG. 1926.

*Brodmann*: Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. 1930.

— Fehlerhafte Sachgründung und ihre Heilung. JW. 1931, 3026.

*Brunner-v. Schwerin*: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 8. Aufl. 1930.

*Buchwald*: Verzicht auf Tariflohn, Arbeitsrecht 9 (1922), S. 476.

*Busch*: Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Mitgliedern des RG. 6. Aufl. 1928.

*Cahn*: Verwirkung ohne Verwirrung im Wettbewerb und Zeichenschutz. MuW. 32. Jahrg. Nr. 7, S. 329 ff.

*Callmann*: Der unlautere Wettbewerb. 2. Aufl. 1932.

*Cohn*: Erlaß und Verzicht nach dem BGB. Gruch. 1903, 47. Jahrg., 222 ff.

*Danzer-Vanotti*: Die Verwirkung. DRZ. 1932, Heft 3, S. 74 ff.

*Düringer-Hachenburg*: Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1930.
Bd. II, 3. Aufl. 1930, bearb. v. Geiler, Hoeniger.
Bd. II, 1.-3. Aufl. 1932, bearb. v. Geiler.
Bd. II, 2. Aufl. 1932, bearb. v. Flechtleiner.
Bd. III, 1. Aufl. 1934, bearb. v. Flechtleiner.

*Ehrlich*: Die stillschweigende Willenserklärung. 1893.

*Endemann*: Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs. DJZ. 1928, 692.

— Verwirkung und Verschweigung in HWRechtsW. 6. Bd. (1929), 634 ff. 6.

*Enneccerus-Nipperdey*: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Einl. Allgem. Teil, 13. Bearb., 1931.

*Enneccerus-Lehmann*: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Schuldverhältnisse, 11. Bearb., 1930.

*Enneccerus-Wolff*: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Bd. Sachenrecht. 8. Bearb., 1929.
*Erdel*: Nachforschungen zum Tariflohn. SchlichtW., IV, S. 47/48.
*Erdmann*: Die Verwirkung. Diss. Jena 1933.
*Finger*: Benutzungszwang und Verwirkung. MuW. 31. Jahrg., Nr. 6, S. 298.
*Fischer-Henle-Titze*: Bürgerliches Gesetzbuch. 14. Aufl. 1932.
*v. Gierke, J.*: Handels- und Schiffahrtsrecht. 3. Aufl. 1929.
*v. Gierke, Otto*: Deutsches Privatrecht. 1895.
*Gieseke*: Zu Nipperdey, Beitr. z. Tarifrecht. Gruch. 67. Jahrg. 1924, S. 214.
*Goltermann*: Verzicht und Verwirkung in Recht und Leben. Wochenbeilage der „Voss. Zeitung" vom 6. März 1930.
*Gottschalk*: Die sog. Verwirkung des Anspruchs im gewerblichen Rechtsschutz. GRUR. 35 (1930), S. 1.
*Greil*: Grenzen der Verwirkung, in Arbeitsrecht und Schlichtung. 1913, Nr. 1, S. 6.
*Grünebaum*: Die Verwirkung. MuW. 1932, 124.
*Hachenburg*: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Aufl. 1926.
*Hagelberg*: Die fehlerhafte Sachgründung von Aktiengesellschaften. Festschrift für Oberneck. 1930, 206.
— Fehlerhafte Sachgründung und ihre Heilung. JW. 1931. 3028.
*Hagemann*: Tariflohnforderung und Einrede der Arglist, in Das Arbeitsgericht. 37. Jahrg. Nr. 4, S. 116 ff.
*Hager*: Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Recht. 1913.
*Hamburger*: Die Lehre von Treu und Glauben im Verkehr. DJZ. 1931, Heft 14, S. 929 ff.
— Zum Begriff der Verwirkung. LZ. 1928, 1588.
— Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Ein Handbuch. 1930 (Mannheim).
— Verwirkung von Tariflöhnen. LZ. 1931, 491.
*Hedemann*: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. 1929.
— Schuldrecht des BGB. 2. Aufl. 1931.
*Heilfron*: Praktische Aufwertungsfragen (Verjährung, Verwirkung, Verzicht). DStZ. 1927, 1119 ff. DStZ. 1929, 47 ff.
*Heinemann I*: Die Verwirkung im öffentlichen Recht, insbesondere im Steuerrecht, in RuBVBl., Bd. 51, Nr. 42, S. 670 ff.
*Heinemann II*: Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund. LZ. 1928, 935 ff.
*Henle*: Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Vortrag, Berlin 1912.
*Herschel*: Untergang der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrages. Das Arbeitsgericht 37 (1932), 204.
*Herzog*: Die Verwirkung im Gemeinde-Biersteuerrecht. In Tageszeitung für Brauerei, 30. Jahrg., Nr. 165/66, Berlin, 16.—17. Juli 1932, S. 1.
*Heusler*: Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885/86.

*Hoche*: Verwirkung des Aufwertungsanspruches infolge verzögerter Geltendmachung. DRZ. 1927, 298 ff.
*Hoeniger*: Nachforderung des Tariflohns nach Austritt und nach längerer vorbehaltloser Annahme eines niederen Lohnes. Schlicht W. 3. Jahrg., S. 6/7 und S. 78.
— Die Entlastung. DJZ. 1922, 143.
*Holländer*: Verwirkung des Aufwertungsanspruchs durch Nichtgeltendmachung. Aufw.-Prax. 1927, 283.
*Horwitz*: Verwirkung ohne Ende. Im Anwaltsblatt, 19. Jahrg., Heft 8, 268/70.
*Hueck*: Das Recht des Tarifvertrages. 1920.
— Handbuch des Arbeitsrechts. II. Buch. Arbeitsvertragsrecht 1922.
*Hueck-Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts. I. Bd., 3.—5. Aufl. 1931; II. Bd., 3.—5. Aufl. 1932.
*Hübner*: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. 1930.
*Immerwahr*: Die Verschweigung im deutschen Recht. 1895 (Gierkes Untersuchungen 48).
*Jadesohn*: Verwirkung in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung. Das Arbeitsgericht, Heft 6, 1932. 354.
*Jellinek*: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931.
— Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. RuPrVBl., Bd. 52, Nr. 41, S. 805 ff.
*Kaskel-Dersch*: Arbeitsrecht. 4. Aufl. 1932.
*Koehler*: Verzicht auf Tarifgehalt. DRZ. 1929, 22/23.
*Koebel*: Wann ist der Rückforderungsanspruch aus Mietrecht verwirkt? DeutschMietR. 11 (1931), S. 1200.
*Koenige-Teichmann*: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 3. Aufl. 1932.
*Krause*: Schweigen im Rechtsverkehr, ein Beitrag zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und der Verwirkung. 1933.
*Küchenhoff*: Rechtsverwirkung außerhalb des Aufwertungsrechts. DJZ. 1930, 1194/96.
— Rechtsverwirkung im öffentlichen Recht. RuPrVBl., Bd. 51 (1930), S. 275/77.
*Lehmann*: Beitrag zur Lehre vom „Venice contra factum proprium". in ZHR., Bd. 79, S. 89.
— Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1928.
*Lenz*: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs. DJZ. 1928, 1188.
*Lotmar*: Der Arbeitsvertrag, 1. Band. 1902.
*Leonhard*: Allgemeines Schuldrecht des BGB., Bd. 1, 1929.
*Machulik*: Verwirkung im Arbeitsrecht. Diss. Köln 1932.
*Marcus*: Die Verwirkung von Warenzeichenrechten durch Stillschweigen. MuW. 29 (1929), S. 413.
*Mundry*: Zur Lohnverwirkung nach § 134 GewO. In NZArbR. 1927, 211.
*Mügel*: Das gesamte Aufwertungsrecht. 5. Aufl. 1927.

*Mügel*: Eine feste Zeitgrenze für die Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen. JW. 1931, 3251.
— Die Rechtsprechung des RG. über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen. JW. 1930, 1042/49.
*Müllereisert*: Die Verwirkung. Zentralblatt für Handelsrecht, Heft 5, 1933, 97.
*Naendrup*: Die Verjährung als Rechtsscheinwirkung. Iherings Jahrb. 75, 937 ff.
*Neugebauer*: Zur Frage der Verwirkung von Rückforderungsansprüchen aus Raumwucher. DeutschMietR. 11 (1931), 1243.
*Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht. 1924.
*Oertmann*: Kommentar zum BGB. Allg. Teil, 3. Aufl. 1927; Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., 5. Aufl. 1928, 2. Abt., 5. Aufl. 1929.
*Oppenheim*: Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz. Diss. Freiburg 1932.
*Planck-Silber*: Recht der Schuldverhältnisse. Allg. Teil, 4. Aufl. 1914.
*Planck-Knoke*: Kommentar zum BGB., 2. Bd., 2. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse. Bes. Teil, 4. Aufl. 1928.
*Planitz*: Deutsches Privatrecht. 2. Aufl. 1931.
*Pinzger-Heinemann*: Das deutsche Warenzeichenrecht, 1926.
*Priebe*: Der Verzicht auf Tariflohn. DJZ. 1925, 663.
*Radloff*: Wesen und Methode der Rechtsprechung. JW. 1934, 68 ff.
*Raspe*: Der Verwirkungsgedanke im öffentlichen Recht, in Staats- und Selbstverwaltung. Zeitschr. f. Staats- u. Kommunalverwaltungen. 1931, Nr. 16, S. 339.
*Reimer*: Die Gefahr des langen Zuwartens für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. JW. 1928, 2064.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. 6. Aufl. 1928.
*Riezler*: Venire contra factum proprium. 1912.
*Rocholl*: Die Verwirkung. Diss. Marburg 1933.
*Roth*: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs. JW. 1928, 1335.
*Salfeld*: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs. JW. 1928, 1339.
*Sättler*: Aufrollung abgewickelter Rechtsgeschäfte. DRZ. 1928, 117.
*Scheuermann*: Mietwucher. 1932.
*Scholtz*: Verzicht, Verwirkung und Verjährung in der Rechtsprechung des Aufwertungsgesetzes. JW. 1930, 2350/9.
*v. Schwerin*: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. 1928.
— Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1915.
*Seligsohn*: Einfluß der Zeit auf den gewerblichen Rechtsschutz. GRUR. 35 (1930), 93.
*Siebert*: Zum Begriff der Verwirkung. 1932, JW., 2384/5.
— Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs. In DJZ. 1928, 1542 ff.
*Soergel*: Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Aufl. 1931.

*Sonntag*: Gibt es eine Verschweigung des Aufwertungsanspruchs? DJZ. 1928, 868.
— Die Einrede der Verwirkung im Aufwertungsrecht. JR. 1928, 81/2.
*Srymanski*: Lohnverwirkung. Diss. Marburg 1932.
*Staub-Bondi*: Kommentar zum HGB.: I. Bd., 12/13. Aufl. 1926; II. Bd., 12./13. Aufl. 1926; II. Bd., 14. Aufl. 1932.
*Staudinger-Riezler*: Allgem. Teil. 9. Aufl. 1925.
*Staudinger-Werner*: Kommentar zum BGB. II. Bd., 1. Teil, 9. Aufl. 1930.
*Staudinger-Nipperdey*: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, 9. Aufl. 1928.
*Stobbe*: Handbuch des Deutschen Privatrechts: Bd. I, 2. Aufl. 1893; Bd. II, 3. Aufl. 1896.
*von der Trenck*: Rspr. des Reichsgerichts über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen. JW. 1930, 2364.
*Volkhausen*: Das Recht der fristlosen Entlassung. 1927.
*Ulmer*: Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb. 1929.
*Warneyer*: Kommentar zum BGB.: I. Bd., 2. Aufl. 1930; II. Bd., 2. Aufl. 1930.
— Verwirkung des Aufwertungsanspruchs infolge verspäteter Geltendmachung. AufwRspr. 1927, 353, 1928, 89.
— Verwirkung des Aufwertungsanspruchs infolge verspäteter Geltendmachung. DStZ. 1928, 353.
— Der gegenwärtige Stand des Verwirkungsproblems. DStZ. 1928, 1029.
*Weinmann*: Die Verwirkungstheorie in Gegenüberhalte zu einem Fall der Praxis. MuW. 32, 154 ff.
*Wendt*: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. ArchZivPrax. 100, 1.
*Zeiler*: Aufwertungsfälle vom Reichsgericht.
— Zur Wiederaufrollung von vermeintlich erledigten Rechtsverhältnissen. DStZ. 1927, 1110/12.
— Verlust des Aufwertungsanspruchs durch Verzicht der Verwirkung. DStZ. 1927, 744.

## Abkürzungen

ArbGer. = Das Arbeitsgericht (Zeitschrift).
ArbR. = Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten.
ArchBürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ArchZivPr. = Archiv für zivilistische Praxis.
ArbrPrax. = Arbeitsrechtspraxis, Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung.
AufwPrax. = Aufwertungspraxis, 2. Teil des Aufwertungsarchivs.

AufwRspr. = Die Rechtsprechung in Aufwertungssachen.
BenshSlg. = Entscheidungen der Reichsarbeitsgerichte und der Landesarbeitsgerichte.
Bessau-Hallamik. = Das Bürgerliche Gesetzbuch, bearb. von Bessau u. a.
Busch BGB. = Das bürgerliche Gesetzbuch, bearb. von Busch.
Brunner-Schwerin = Brunner v. Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts.
DeutschMietR. = Deutsches Mietrecht, Fortsetzung der Zeitschrift „Einigungsamt".
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
DRZ. = Deutsche Richterzeitung.
DStZ. = Deutsche Steuerzeitung.
Düringer-Hachenburg = Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch.
Enneccerus-Nipperdey = Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Erdmann = Erdmann, Die Verwirkung, Diss., Jena 1933.
Feine = Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ehrenbergs Handbuch III 3, 1929.
Fischer-Henle = Fischer-Henle-Titze, Bürgerliches Gesetzbuch.
v. Gierke, Otto = Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht.
GrdEigt. = Zeitschrift „Grundeigentum".
GrundstW. = Grundstückswarte, Organ für Hausbesitzer.
GruchBeitr. = Gruchots, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
GRUR, GewRech. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift des Deutschen Vereins zum Schutze des gewerblichen Eigentums.
Hamburger = Hamburger, Treu und Glauben im Rechtsverkehr.
HansGZ. = Hanseatische Rechtszeitschrift.
Heusler = Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts.
HRZBl. = Zentralblatt für Handelsrecht.
HRR. = Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Hübner = Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts.
HWRechtsw. = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
IheringsJ. = Iherings Jahrbuch.
JR. = Juristische Rundschau.
LAG. = Landesarbeitsgericht.
Lehmann BGB. = Lehmann, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
LZ. = Leipziger Zeitschrift.
MuW. = Markenschutz und Wettbewerb.
NZArbR. = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
Oertmann = Oertmann, Kommentar zum BGB.
OLG. = Oberlandesgericht.
OLGR. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Oppenheim = Oppenheim, Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz. Diss., Freiburg.

OVG. = Oberverwaltungsgericht.
Planck = Planck, Kommentar zum BGB.
Planitz = Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts.
RAG. = Reichsarbeitsgericht.
RAGE. = Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts.
Recht = Das Recht, Rundschau für den Juristenstand.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RG. = Reichsgericht.
Riezler = Riezler, Venice contra factum proprium.
Rocholl = Rocholl, Die Verwirkung, Diss., Marburg 1933.
RuPrVBl. = Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt.
Sammel-Vereinig. = Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen.
SchlichtW. = Das Schlichtungswesen.
v. Schwerin, PrivR. = von Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts.
v. Schwerin, Dtsch. Rechtsg. = von Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte.
Seuff Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel = Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch.
Staub-Bondi = Staub-Bondi, Kommentar zum BGB.
Staudinger-Kober = Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB.
Staudinger-Werner = Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB.
Stobbe = Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts.
Warneyer BGB. = Warneyer, Kommentar zum BGB.
WarnE. = Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeiler = Aufwertungsfälle des Reichsgerichts.
ZfBR. = Zeitschrift für Beamtenrecht.
ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.

# Einleitung.

In unserer Zeit eines neuen Staates soll auch das Recht ein neues werden. Soweit das bürgerliche Recht in Frage steht, wird seine Erneuerung durch Aufnahme deutscher Rechtsgedanken gefordert, die durch die Rezeption des römischen Rechts überwuchert seien. Deutsches Rechts- und Gedankengut soll auf allen Gebieten des bürgerlichen Rechts wieder eingeführt werden.

Diese Bestrebungen, die Rechtsordnung des deutschen Nationalstaates der Idee dieser Staatsform anzugleichen, regen dazu an, zu untersuchen, inwieweit schon bisher die höchstrichterliche Rechtsprechung bei ihrer Rechtsfindung deutschrechtliche Gedanken verwandte[1]. Dabei besteht die Gefahr, in der Begeisterung der nationalen Revolution den Kampf gegen das römische Recht ungerecht zu führen. Denn wenn z. B. Bechert[2] die bedeutsame Rechtsprechung des Reichsgerichtes, die der Billigkeit entscheidenden Einfluß einräumt, auf den deutschrechtlichen Gedanken der Billigkeit zurückführt, so ist doch außer Zweifel, daß der Prätor den Grundsatz von Treu und Glauben in das römische Recht einführte und damit die Grundlage schuf, Streitfälle des Schuldrechts jeweils nach der Billigkeit entscheiden zu lassen.

Wohl aber ist es vielleicht möglich, nachzuweisen, daß im Grunde manche Entscheidungen des Reichsgerichts, die unter Berufung auf Billigkeit, auf Treu und Glauben ergangen sind und Urteile darstellen, die dem deutschen Volksempfinden entsprechen, also als richtige Rechtsfindung erschienen, rein deutschen Rechtsgedanken entsprangen, die dem römischen Recht fremd waren. Ihre Einkleidung in die Formel des Treu-und-Glauben-Prinzips, der Unzumutbarkeit, bedeutet dann nur konstruktiv die Grundlage für richtige Rechtsfindung, deren innerer Kerngedanke unbewußt auf rein deutsche Rechtseinrichtung zurückführt.

Einem solchen deutschrechtlichen Rechtsgedanken scheint die Verwirkung zu entstammen, die mehr und mehr in der Rechtsprechung Anerkennung findet. In der neueren Zeit lenkten Entscheidungen der hohen Gerichte und gelegentliche Abhandlungen die Aufmerksamkeit der Juristenwelt auf einen neuen Begriff im Rechtssystem: auf die sog. Verwirkung. Wer sein Recht längere Zeit hindurch nicht ausübt, soll es unter Umständen „verwirkt" haben. Die immer weitergehende Anwendung des Verwirkungsgedankens durch die Gerichte ist in der bisherigen Lehre teils auf Widerstand gestoßen und abgelehnt, teils gebilligt worden. Es erscheint lohnend, in unseren Zeiten starker Betonung einer Wiederbelebung deutscher

[1] Vgl. Bechert: Die deutschrechtliche Rechtsprechung des RG. in JW. 1933, 2309 ff.
[2] Bechert a. a. O.

Rechtsgedanken durch den Versuch einer dogmatischen Darstellung der Verwirkungslehre zur Klärung und Rechtfertigung dieses Begriffes beizutragen.

Die im Jahre 1933 erschienenen Einzelbearbeitungen[3] machen die vorliegende Arbeit nicht überflüssig. Erdmann und Rocholl bringen in der Hauptsache nur eine Zusammenstellung des Materials aus Schrifttum und Rechtsprechung im Hinblick auf Begriff, Anwendungsfälle und Folgen der Verwirkung, gewissermaßen eine Kasuistik. Krause freilich bietet zum ersten Male eine eingehende Untersuchung des Instituts der Verwirkung und findet die dogmatische Grundlage im deutschen Recht: die Verwirkung sei ihrer Rechtsnatur nach die germanische Verschweigung; Verwirkung sei ein Fall der Verschweigung. Darüber ist nun sicherlich noch nicht das letzte Wort gesprochen. Liegt wirklich ein einheitlicher Gedanke der Rechtsprechung über Verwirkung zu Grunde?

Auch über Voraussetzungen und Folgen bestehen noch Unklarheiten.

Ein Versuch, darüber weitere Untersuchungen anzustellen, dürfte gerechtfertigt erscheinen. Dabei kann es für diese Arbeit dahingestellt bleiben, ob alle Entscheidungen, die auf Grund der Verwirkung zur Abweisung des Klägers führten, zu Recht ergangen sind. Es soll hier nicht das einzelne Urteil geprüft werden, sondern an Hand der zahlreichen Fälle soll gezeigt werden, bei welchen Tatbeständen überhaupt mit dem Gesichtspunkt der Verwirkung gearbeitet wurde.

---

[3] Erdmann: Die Verwirkung. Diss. Jena 1933. Rocholl: Die Verwirkung, Diss. Marburg 1933. Krause: Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933.

I. Teil.

# Die Verwirkungsfälle der Reichsgerichtspraxis.

Wenn man die bisherige Rechtsprechung über Verwirkung darauf hin prüft, welches der Tatbestand ist, an den die Verwirkung geknüpft ist oder mit dem sie verbunden wird, so fällt es nicht leicht, einen Typus-Tatbestand oder einen Gattungs-Tatbestand zu nennen. Reiche Kasuistik ist vorhanden, Gruppen lassen sich bilden. Aber ein grundlegender, typischer Tatbestand ist nirgends gegeben. So erklärt es sich, daß noch heute gefragt wird, ob die Verwirkung überhaupt ein einheitliches Institut ist[1], ob der Verwirkungsrechtsprechung überhaupt ein einheitlicher Gedanke zu Grunde liegt[2].

Die bisherigen Untersuchungen haben daher immer den Rechtsprechungsstoff nach Gegenständen behandelt: Verwirkung in der Aufwertungsrechtsprechung, im Wettbewerbs- und Zeichenrecht, im Arbeitsrecht, im öffentlichen Recht und in Einzelfällen des Schuldrechts.

Auch die folgende Darstellung kann nicht anders verfahren, wenn es zunächst einmal gilt, den Tatbestand der Verwirkung klarzulegen. Dabei ist nicht erforderlich, alle ergangenen Entscheidungen restlos anzuführen; es genügt, aus zahlreichen Entscheidungen die immer wiederkehrenden Gesichtspunkte nachzuweisen.

## 1. Verwirkung im Aufwertungsrecht.

Mit der Aufwertungsrechtsprechung hat die Verwirkung ihren Aufstieg begonnen. Mit Anerkennung des sog. Aufwertungsanspruchs durch die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts[3] stellte sich das Bedürfnis ein, dem schrankenlosen Zurückgreifen auf jahrelang zurückliegende, bereits erledigte Geschäfte eine Grenze zu ziehen. Zunächst glaubte man, diesem Verlangen dadurch nachkommen zu können, daß man in der Nichtgeltendmachung des Anspruches während einer langen Zeit einen Verzicht des Gläubigers auf seinen Aufwertungsanspruch sah, also eine stillschweigende Abmachung; denn ein einseitiger Verzicht ist im Schuldrecht nicht bekannt (§ 397 BGB.)[4]. Bald erkannte man aber, daß man dem Gläubiger nicht ohne weiteres einen Verzichtwillen unterschieben konnte, sondern daß nur

[1] Stoll, DJZ. 1933, 1472.
[2] de Boor, JW. 1933, 2276.
[3] Urt. v. 28. 11. 1923. (RG. 107, 78).
[4] RG. 118, 375; LZ. 1930, 793; Zeiler, Bd. I, Nr. 43, 233, 237, 242, 247, 248; Bd. III, Nr. 615, 650; Bd. IV, Nr. 892; JW. 1925, 948 f. (hier schon Hinweis auf § 242 BGB.).

ganz bestimmte Umstände die Annahme eines solchen Willens rechtfertigen können[5]. Damit lehnte die Rechtsprechung die Konstruktion des stillschweigenden Verzichts als Erlöschensgrund für den lange Zeit nicht geltend gemachten Aufwertungsanspruch ab; die Grundlage für dieses Erlöschen wurde im § 242 BGB. erblickt — in der sog. Verwirkung[6]. Mit der Zeit gelangte die Verwirkung in der Aufwertungsrechtsprechung allgemein zur Anerkennung; sie stellte jedoch keine eigene Neuschöpfung des Aufwertungsrechts dar, sondern sie war schon früher in der Praxis bekannt, wenn auch nicht unter diesem Namen, so doch dem Begriff nach[7].

Die folgenden Entscheidungen lassen im Vergleich mit anderen einen Überblick gewinnen über die von der Rechtsprechung immer wieder hervorgekehrten Gesichtspunkte bei der Verwirkung von Aufwertungsansprüchen.

Im August 1921 hatte der Kläger dem Beklagten 120 000 RM. geliehen; außerdem hatte er ihm am 15. Oktober 1921 einige Kolben für 91 000 RM. und im Juni 1922 Stacheldraht für 23 360 RM. verkauft. Die Kaufpreise waren zunächst gestundet, und erst im Oktober 1922 erfolgte eine Zahlung von 234 360 RM. Nachdem die Parteien einige Jahre nichts mehr voneinander gehört hatten, verlangte der Kläger plötzlich im Dezember 1925 Aufwertung seines Anspruchs vom Jahre 1922. Auf Weigerung des Beklagten erhob der Kläger im April 1926 Klage. Diese wurde in allen Instanzen mit der Begründung abgewiesen, daß der Kläger nach Treu und Glauben nicht mehr in der Lage sei, seinen Aufwertungsanspruch geltend zu machen, da er ihn verwirkt habe[8].

In einem anderen Falle hat das Reichsgericht die Aufwertung einer Werklohnforderung aus dem Gesichtspunkte der Verwirkung abgelehnt, weil der Kläger sich trotz der ihm bekannten Anerkennung des Aufwertungsgedankens durch die Rechtsprechung während der ganzen Zeit vom 15. Mai 1923 bis zum 16. Dezember 1925 untätig verhalten und damit zu erkennen gegeben habe, daß er mit weiteren Ansprüchen nicht mehr hervortreten wolle[9].

Auch ein Anspruch auf Aufwertung einer im Oktober 1921 bezahlten Schadenersatzforderung ist infolge Verwirkung durch Untätigkeit abgelehnt worden[10]. In diesem Falle war es dem Kläger möglich, bereits

[5] RG. 110, 133 hatte schon früher unterschieden zwischen Verzicht und Verwirkung; ebenso Zeiler, Bd. III, Nr. 720, 726.

[6] RG. 116, 143; 117, 211 = JW. 1929, 1457; RG. 118, 375 = JW. 1928, 650; RG. 119, 231; 123, 215 = JW. 1927, 1972; 1927, 1848; 1928, 163, 485, 2014; 1931, 735; DRZ. 1927, 375.

[7] Krause, S. 41 ff., Hamburger, § 11; JW. 1916, 829, 1018; 1917, 86; 1915, 572; 1912, 785; 1932, 942; RG. 60, 346; 88, 144; 91, 109; 95, 310; 107, 108; OLG. Hamm in OLGR. 41, 94; OLG. Dresden in LZ. 1919, 389; OLG. Hamburg in LZ. 1924, 136, in HansGZ. 44, 41; Recht 1921, Nr. 2557; 1925 Nr. 9; WarneyE. 1908 Nr. 283; 1920 Nr. 71.

[8] JW. 1927, 2915.

[9] JW. 1927, 1848.

[10] JW. 1928, 485 Nr. 19.

Ende 1923 oder spätestens Anfang 1924 den Anspruch rechtshängig zu machen. Gleichwohl hatte der Kläger erst am 30. Dezember 1925 und auch jetzt ohne vorausgehende Mahnung einen Zahlungsbefehl erwirkt, und zwar in einem Zeitpunkt, wo die betreffende Firma längst aufgelöst und gelöscht war. Dieses Verhalten stehe im Widerspruch mit allen kaufmännischen Gepflogenheiten; sein langes Schweigen könne nur so ausgelegt werden, daß der Kläger es aufgegeben habe, einen weiteren Schadenersatz zu fordern, mit anderen Worten, daß er durch sein Verhalten den Anspruch auf Aufwertung verwirkt habe.

In einem anderen Falle hatten zwei Gesellschafter im November 1922 über eine Teilauseinandersetzung einen Vergleich abgeschlossen. Im November 1928 war zunächst außergerichtlich und im Juni 1929 erst gerichtlich ein Aufwertungsanspruch erhoben worden. Dieser wurde als verwirkt abgelehnt[11]. In dieser Entscheidung wird ausgeführt, daß gerade im Gebiete des Handelsbetriebes Vermögensverfügungen und geschäftliche Unternehmungen aller Art in der Annahme der Freiheit von einseitig nicht erkannten und erkennbaren Aufwertungsansprüchen erfolgen. Gerade der handelsrechtliche Verkehr, in den auch Ansprüche auf Grund solcher alten Beteiligungen einschlügen, erfordere klare und sichere Rechtsbeziehungen, und nach so langer Zeit (6—7 Jahren) könne ein Aufwertungsanspruch bei äußerlich vorbehaltloser Abwicklung des Geschäfts längere Zeit nach Eintritt der Verfolgungsmöglichkeit nicht mehr zugelassen werden.

Noch ein weiterer Fall sei angeführt[12]. In der Zeit des Währungsverfalls im Jahre 1921 verkaufte eine Stadtgemeinde 480 Grundstücke. Die Zahlung des Kaufpreises von 21 904 RM. erfolgte am 5. April 1922. Erst im Jahre 1930 trat die Gemeinde erstmals mit ihrem Aufwertungsverlangen hervor. In den beiden ersten Instanzen wurde die Klägerin mit ihrem Begehren infolge Verwirkung abgewiesen. Die Revisionsinstanz hob das Urteil auf und führte u. a. aus:

„Mit Recht ist demjenigen, der eine große Anzahl von Grundstücken verkauft hat, eine angemessene Frist zur Bearbeitung der Aufwertungsfrage zuzubilligen; aber dem Berufungsrichter ist beizustimmen, wenn er der Klägerin eine drei Jahre umfassende Überlegungsfrist nicht zubilligen will und das Hervortreten mit dem Aufwertungsverlangen im Jahre 1930 für verspätet hält, nachdem die Aufwertungsmöglichkeit eines Grundstückskaufpreises bereits im November 1926 und Februar 1927 grundsätzlich anerkannt war[13]. Indessen geht das OLG. im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des RG. davon aus, daß bei Grundstückskäufen und ähnlichen bedeutsamen Vermögensgeschäften dem Zeitablauf für sich allein, sofern nicht Verjährung Platz greift, keine rechtsvernichtende Kraft beizulegen ist, sondern daß besondere Umstände dargelegt werden müssen,

[11] JW. 1931, 2704.
[12] RG., JW. 1932, 41.
[13] RG. 114, 399 = JW. 1927, 660; RG. 115, 201; JW. 1927, 974.

die das rechtfertigen." — „Weiter ist für die Frage, ob der Beklagten Aufwertung zugemutet werden kann, nicht so sehr von Bedeutung, ob sie mit einem solchen Anspruch noch gerechnet hat; vielmehr ist wesentlich, ob sie über das Grundstück solche rechtlich oder tatsächlich bedeutsamen Verfügungen getroffen hat, daß ihr nach Treu und Glauben Zahlung eines Aufwertungsbetrages nicht oder nur in mäßigem Umfange auferlegt werden kann. In dieser Richtung ist bisher nichts festgestellt." Da aber die Frage, ob die abgelaufene Zeit die Aufwertung ausschließt, nur im Zusammenhang mit den besonderen Umständen des Falles zutreffend beantwortet werden könne, so sei hier Verwirkung abzulehnen.

Vergleicht man diese Entscheidungen mit anderen Aufwertungsurteilen[14], so treten bestimmte leitende Gesichtspunkte hervor. Vor allen Dingen wird dem Berechtigten seine lang andauernde Untätigkeit, sein Schweigen zum Vorwurf gemacht[15]. Gleichzeitig[16] wird aber betont, daß Zeitablauf allein nicht genüge, um die Aufwertung auszuschließen, sondern daß immer noch andere Umstände hinzukommen müssen. Weiter wird Gewicht darauf gelegt, daß auch der Gegner durch die Untätigkeit des Berechtigten zu irgendwelchen Maßnahmen bestimmt worden ist[17]. Schließlich verlange auch die Rechtssicherheit, daß längst abgewickelte Geschäfte nicht ohne besonderen Grund wieder ausgegraben würden[18].

Wie die Entwicklung der letzten Jahre gezeigt hat, ist die Verwirkung mit Aufhören der Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen keineswegs aus dem Rechtsleben verschwunden. Zwar schienen die höchsten Gerichte vereinzelt noch zu zögern, auch außerhalb des Aufwertungsrechts eine Verwirkung anzuerkennen[19]. Immerhin läßt sich feststellen, daß dieser Rechtsbegriff nach und nach auf anderen Rechtsgebieten Verbreitung gefunden hat. Einige Beispiele aus der jüngsten Verwirkungsrechtsprechung und aus dem Schrifttum mögen dieses beweisen.

## 2. Verwirkung im BGB.

Im Schuldrecht des BGB. tauchte die Frage der Verwirkung auf im Zusammenhang mit Kündigungs- und Rücktrittsrechten. Bei Miet- und Dienstverträgen[20] kommt es vor, daß unter gewissen Voraussetzungen einem Teil

[14] RG. 118, 375 = JW. 1928, 650; RG. 119, 234 = JW. 1928, 488; AufwRspr. 1928, 917 = JW. 1928, 3041; AufwRspr. 1930; 146 = JW. 1930, 812.

[15] JW. 1927, 2915, 1848; 1928, 485; 1931, 2704; Vgl. Mügel, JW. 1930, 1041 ff.

[16] JW. 1927, 1849; 1928, 488, 650; 1929, 1741; 1930, 812; 1932, 41; DJZ. 1929, 1614; Zeiler Bd. VI, 1165, 1212, 1230, 1271.

[17] AufwRspr. 1929, 433; 1930, 127, 173; Zeiler, Bd. III, Nr. 726, 733, 734; Bd. XI. Nr. 2218; JW. 1929, 1877.

[18] RG., JW. 1929, 1965; 1931, 582; DJZ. 1930, 167; Stoll, JW. 1928, 1875.

[19] JW. 1929, 2334; 1932, 421. 2972; DJZ. 1932, 1147; HRR. 1928 Nr. 818.

[20] DJZ. 1930, 1615; OLGR. 20, 105; GruchBeitr. 47, 398; Recht 1928, 2255; JR. 1927, Nr. 575; vergl. ferner Düringer-Hachenburg § 70, Bem. 7; Staudinger-Nipperdey § 620, III, 3.

das Recht zur sofortigen Kündigung zusteht. Ferner gibt es Fälle[21], in denen auf Grund einer kassatorischen Klausel eine Kündigungsmöglichkeit gegeben ist. Auf Grund gleicher Klausel finden sich auch Rücktrittsrechte[22], wie diese überhaupt mit den verschiedensten Klauseln, Kriegs-Freizeichnungs- und ähnlichen Klauseln in Zusammenhang stehen[23]. Ein wichtiges Rücktrittsrecht findet im § 326 BGB. eine besondere Regelung. Schließlich besteht noch bei positiver Vertragsverletzung eine Möglichkeit, den Rücktritt vom Vertrag zu erklären[24]. In all diesen Fällen darf der Berechtigte nun nicht beliebig lange mit der Ausübung seines Rechtes nach Eintritt der Voraussetzungen warten, bis es ihm gerade gut auskommt, sein Recht geltend zu machen. Vielmehr muß er, je nach den Umständen des Einzelfalles, in angemessener Zeit damit hervortreten. Er darf seine Rechtsstellung nicht so ausnutzen, daß ihre Ausnutzung gegen Treu und Glauben verstößt. Ein solcher Verstoß ist vor allem dann gegeben, wenn durch die Verzögerung der Geltendmachung des Gestaltungsrechtes ein für den anderen Teil sehr drückender Schwebezustand entsteht. Auch dafür gilt der Grundsatz: Kündigungs- und Rücktrittsrechte können nur so lange geltend gemacht werden, als darin kein Verstoß gegen Treu und Glauben erblickt werden kann[25]. Erklärt der Berechtigte sich nicht innerhalb einer angemessenen Frist, und entsteht dadurch für den anderen Teil ein ungewisser Zustand, dann kann Verwirkung des Rechts eintreten, weil es dem Gegner nicht zugemutet werden kann, jetzt noch die Folgen aus dem plötzlich geänderten Verhalten des Berechtigten zu tragen. Natürlich sind nicht nur diese beiden Umstände, Zögern auf seiten des Berechtigten und ein Schwebezustand für den anderen Teil, ausschlaggebend, sondern es müssen, wie überall bei Prüfung der Möglichkeit einer Verwirkung, alle Umstände berücksichtigt werden. Bei diesen Rechten zeigt es sich, daß nicht nur eine Untätigkeit des Berechtigten zur Verwirkung führen kann, sondern daß auch trotz positiver Handlungen eine Verwirkung Platz greifen kann; z. B. kann das Recht der Kündigung des Miet- oder Dienstvertrages verwirkt sein, wenn der Kündigungsberechtigte die Mietsache weiter in Benutzung hält, weiter Dienste leistet bzw. weitere Dienstleistungen entgegennimmt.

Auf dem Gebiete des Mietrechts tauchte die Frage der Verwirkung auch

---

[21] JW. 1915, 572; WarnE. 1908, Nr. 122; 1912 Nr. 162; 1918 Nr. 201.

[22] LZ. 1916, 1292; JR. 1920, 628; Recht 1921, Nr. 2557, 1924, Nr. 625; WarnE. 1909, Nr. 203; 1913, Nr. 406; 1920, Nr. 192.

[23] RG. 30, 62; 91, 57; 108, 96; 127, 109; JW. 1918, 772; 1919, 237; 1920, 740; DJZ. 1930, 1522; 1925, 239; 1922, 22; LZ. 1916, 673; 1917, 267; Recht 1925, Nr. 9, WarnE. 1912, Nr. 379; 1917 Nr. 164; 1918 Nr. 136; 1919 Nr. 22; Hans GZ. 1916, Hauptbl. Nr. 123; 1929, 135; 1923, 58; OLGR. 1931, 138, 362; 1932, 312.

[24] RG. 60, 346; 90, 425; 107, 108, 347; LZ. 1911, 927; JW. 1915, 572; 1924, 986; WarnE. 1917, Nr. 167; 1919 Nr. 284.

[25] RG. 60, 346; 107, 108; JW. 1915, 572.

noch in anderer Richtung auf[26]. Es handelt sich darum, ob ein Mieter, der jahrelang ohne irgendwelche Einwände einen zu hohen Mietzins gezahlt hat, nun für die zurückliegende Zeit mit der Behauptung des Raumwuchers eine Rückforderung der Miete geltend machen kann. Auch hier hat man gesagt, es verstoße wider Treu und Glauben, zunächst ohne weiteres den Mietzins zu zahlen und dann, nach Jahren, die Nichtigkeit des Mietvertrages wegen Raumwuchers zu behaupten und eine Rückerstattung zu verlangen[27].

Das OLG. Köln[28] hat ausgesprochen, daß ein Anspruch auf Zahlung von Miete für Emballage, der in langjähriger Geschäftsverbindung niemals geltend gemacht worden ist, verwirkt ist. In diesem Falle hatte der Verkäufer von seinem Rechte, für nicht zurückgegebene Fässer eine Miete zu verlangen, in dem sich mehrere Jahre hinziehenden Geschäftsverkehr mit dem Käufer niemals Gebrauch gemacht, trotzdem der Käufer und jetzige Beklagte stets die rechtzeitige Faßrückgabe versäumte. Es wird hier betont, daß es ein besonderes Rechtsinstitut der Verwirkung nicht gebe, daß sich aber unter Billigung des Reichsgerichts, ausgehend von dem Rechtsgrundsatz des § 242 BGB., eine Anerkennung der Verwirkung unter besonderen Umständen durchgesetzt habe. Diese besonderen Umstände träfen hier zu. Wenn der Kläger so lange diese Mietansprüche nicht geltend mache, so konnte der Beklagte der Ansicht sein, daß der Kläger ihm gegenüber auf Miete verzichtet. Er konnte nach dem Verhalten des Klägers nicht damit rechnen, plötzlich entgegen aller bisherigen Übung mit Mietentschädigungsforderungen in Anspruch genommen zu werden, sondern durfte der Meinung sein, daß er sich von allen Ansprüchen wegen nicht gehöriger Rückgabe der Fässer durch deren Wertersatz freistellen könne. Auch sonst spielt die Verwirkung in Kaufverträgen eine Rolle. So ist z. B. der Anspruch auf Lieferung von Wertpapieren abgewiesen worden, da er infolge von verzögerter Geltendmachung verwirkt sei[29].

Nach einem Urteil des bayr. ObstLG.[30] kann die längere Nichteinforderung eines fälligen Hypothekenkapitals die Verwirkung der Geltendmachung nach sich ziehen. In den Gründen heißt es: „Der Berechtigte hatte nicht nur mehr als 10 Jahre lang die durch den Anwesensverkauf vom Februar 1922 eingetretene Fälligkeit der Kaufpreisforderung nicht geltend gemacht, sondern er hat auch durch die Zurückweisung der Kapitalzahlung im Jahre 1923, durch das später wiederholte Verlangen der Zinsen, nicht der Kapitalzahlung, und durch die Kündigung vom 5. Nov. 1930 für den 31. Dez. 1931 den Antragstellern Anlaß zu der Annahme gegeben,

[26] Scheuermann, Mietwucher, S. 48.

[27] RG. 127, 31; 136, 31; Deutsch. MietR. 1931, 1256; 1932, 1281; Koebel, Deutsch. MietR. 1931, 1200; GrdEigt. 1931, 1301, 7105; GrundstW. 1931, 366; dagegen Neugebauer, Deutsch. MietR. 1931, 1243.

[28] JW.1933, 1268.

[29] JW. 1929, 2134.

[30] JW. 1933, 65.

daß er sie aus der Fälligkeit der Forderung auf Grund jener Vereinbarung nicht mehr in Anspruch nehmen werde, weshalb nach Treu und Glauben im Verkehr das nunmehrige Zurückgreifen des Antraggegners auf die Vereinbarung nicht mehr als zulässig erachtet werden kann."

Auch in einem Konkursfall hat das RG. den Gedanken der Verwirkung herangezogen[31]. Es handelt sich dabei um das Kündigungsrecht aus § 19 KO. Das RG. führt hier folgendes aus: „Nachdem der Konkurs über das Vermögen der Schuldnerin am 5. Februar 1925 eröffnet und die Klägerin dessen ungeachtet mit ihr bis zum 11. September 1927 in ungeänderten Beziehungen geblieben war, verstößt es gegen Treu und Glauben, nach so langer Frist und ohne weitere Veranlassung folgenschweren Gebrauch von einem Recht zu machen, dessen Ausübung bei unbefangener Würdigung nun nicht mehr zu gewärtigen war. Dieser Würdigung der Sach- und Rechtslage steht keineswegs entgegen, daß von der Rechtsprechung anerkannt wird, daß § 19 KO. keineswegs eine sofortige Kündigung vorsieht, daß diese vielmehr noch im Laufe des ganzen Konkursverfahrens zulässig ist. Indessen darf, wie überhaupt in solchen Fällen vorliegender Art, mit der Ausübung des Rechts nicht so lange gewartet werden, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu finden ist. Die in RGZ Bd. 117, 359 ausgesprochenen Rechtsgedanken (Verwirkung) sind auf einen Fall vorliegender Art entsprechend anzuwenden."

Bei Bereicherungs-, Schadenersatz- und ähnlichen Ansprüchen, wie z. B. bei Ansprüchen der Entschädigungsberechtigten bei Enteignung, ist von der Rechtsprechung verschiedentlich die Anwendung der Verwirkung abgelehnt worden, weil für derartige Ansprüche § 249 BGB. die entscheidende Grundlage sei und § 242 BGB. daher gar nicht herangezogen werden dürfe[32]. Für Entschädigungsansprüche bei Enteignungen wird weiter gesagt, die in dieser Hinsicht für die Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen nach § 242 BGB. aufzustellenden Grundsätze ließen sich nicht auf die rechtlich anders gearteten Ansprüche der Entschädigungsberechtigten bei Enteignungen übertragen[33].

## 3. Verwirkung im HGB.

Für das Anwendungsgebiet des HGB. ist der Verwirkungsgedanke bei einigen Fragen aus dem Handelsgesellschaftsrecht als beste Lösungskonstruktion herangezogen worden. So bei der Entlastung des Vorstandes einer Handelsgesellschaft[34]. Die übliche Wendung bei der Frage, wie es sich hier mit etwaigen Ersatzansprüchen verhält, lautet oft so, daß auf alle Ansprüche, die aus Belegen und aus Berichten erkennbar waren,

[31] DJZ. 1929, 1615.

[32] RG., JW. 1929, 3488; 1930, 2448; 1931, 478; 1933, 1267 ff.; 1934, 96; aA. Siebert in den Anm. zu JW. 1933, 1267; 1934, 96.

[33] JW. 1928, 507.

[34] Hoeniger, DJZ. 1922, 143 ff.

durch die Entlastung verzichtet worden ist[35]. Jedoch wird in der Erklärung der Entlastung seitens der Generalversammlung oder des sonst dazu berufenen Organs eine dahingehende stillschweigende Willenserklärung gar nicht liegen. Das entlastende Organ wird einen solchen Verzichtswillen regelmäßig nicht haben, und noch schwerlicher kann man bezüglich der obligatorischen Rechte den stillschweigenden Abschluß eines Erlaßvertrages unterstellen, denn warum sollten vorhandene Rechte stillschweigend aufgegeben werden. Auch die häufig beliebte Annahme eines negativen Schuldanerkenntnisses kann nicht befriedigen[36]. Es sind beides nur Auswege, um in diesen Fällen zu einer gerechten Entscheidung zu kommen.

Besser und richtiger kann nach Hoeniger[37] ein nachträglich erhobener, aber bereits bei der Entlastung erkennbarer Ersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung abgewiesen werden. Nach seiner Ansicht, die sich nach seinen Worten auch mit der Auffassung des Lebens deckt, ist die Entlastung ihrem Wesen nach nichts anderes als ein Empfangsbekenntnis über ordnungsgemäße Rechnungslage[38]; sie ist das „Anerkenntnis der Richtigkeit einer Rechnung über rechenschaftspflichtige Verwaltung (§ 1892 BGB.)". Es gilt daher auch für die Entlastung der Satz: „Wer Rechnungslage annimmt, ohne sie genügend zu prüfen, verwirkt die erkennbaren Ersatzansprüche." Der Rechtsverlust tritt hier durch das Verhalten des Berechtigten ein, und es ist nicht möglich, künstlich einen Verzichtswillen zu unterstellen oder zu der Konstruktion des negativen Schuldanerkenntnisses zu greifen. Beide Wege treffen nicht den wahren Kern der Sache. Dieser liegt vielmehr in der Verwirkung, und die nachträglich erhobenen Ersatzansprüche müssen aus diesem Grunde abgewiesen werden.

Bei der Heilung von Mängeln der Gründung einer A.-G. und bei Geltendmachung solcher Mängel durch einen Dritten ist der Verwirkungsgedanke auch aufgetaucht[39]. Nach der Rechtsprechung des RG.[40] ist unter Beachtung gewisser Vorschriften die Unwirksamkeit der entgegen § 186 IV HGB. nicht in den Gründungsvertrag aufgenommenen Bestimmungen zu heilen. Solange die Gesellchaft von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, besteht ein unangenehmer Schwebezustand, denn die Gesellschaft hat es jederzeit in der Hand, dem Vertrag Gültigkeit zu verschaffen. Dieser Zustand darf nun nicht ewig bestehen bleiben, weil es dem Vertragsgegner nicht zugemutet werden kann, jahrelang über das Schicksal des Vertrages im Unklaren zu bleiben[41]. Vom Reichsgericht ist daher ausge-

[35] Hoeniger, DJZ. 1922, 144; Staub-Bondi zu § 260 Anm. 13.
[36] Staudinger, BGB. zu § 397 Anm. 3, II; Warneyer BGB. zu § 397, Bem. II, Fußnote 22.
[37] DJZ. 1922, 143 ff.
[38] DJZ. 1922, 147.
[39] Abraham, JW. 1930, 1354; Krause, S. 68.
[40] RG. 121, 105; 130, 257; JW. 1929, 2944.
[41] Flechtheim, JW. 1929, 2945; 1932, 1647.

sprochen worden, daß durch jahrelange Untätigkeit die Heilungsmöglichkeit verlorengeht und der Vertrag endgültig nichtig wird[42]. Das bedeutet aber nichts anderes als Verwirkung der Heilungsmöglichkeit[43].

Abraham[44] hält auch die Verwirkung des Rügerechts eines Dritten, der viele Jahre nach Errichtung einer Gesellschaft Unwirksamkeit des Vertrages wegen verschleierter Sachgründung behauptet, für möglich, weil die mit der Rüge geltend gemachten Ansprüche des Dritten den Wahlrechten und Erstattungsansprüchen infolge Rücktritts, für die die Verwirkung durch das Reichsgericht bereits anerkannt sei[45], sehr ähnlich seien. Dagegen ist von anderer Seite und vom RG. eine Verwirkung dieses Widerrufsrechtes verneint worden[46].

Auch für die Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit von Gesellschaftsbeschlüssen einer G. m. b. H. ist die Verwirkung anerkannt worden. Für die A.-G. ist hier eine positive Regelung in § 271 II HGB. getroffen. Nach dieser Vorschrift können Generalversammlungsbeschlüsse einer A.-G. nur innerhalb eines Monats angefochten werden. Die dieser Bestimmung zu Grunde liegenden rechtspolitischen Gedanken — Möglichkeit einer Anfechtung und zugleich zeitliche Begrenzung derselben — treffen auch für eine G. m. b. H. zu. Auch bei dieser Gesellschaft muß eine Möglichkeit gegeben sein, die Gesellschaftsbeschlüsse umzustoßen. Daher ließ man in der Praxis ein entsprechendes Mittel für die G. m. b. H. zu, setzte diesem aber zunächst keine zeitlichen Schranken wie bei der Anfechtung des § 271 II HGB., so daß dieses noch nach Jahren ausgeübt werden konnte. Diese Regelung führte aber zu einem bedenklichen Zustand; denn von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus geschen kann es nicht zulässig sein, einen Beschluß, der jahrelang bestanden und sich ausgewirkt hat, noch anzufechten. Hierdurch wird der ganze Geschäftsbetrieb durcheinandergebracht und ein Arbeiten auf lange Zeit unmöglich gemacht. Wie kann sich eine Gesellschaft gesund weiterentwickeln, wenn ein vor zwei oder drei Jahren gefaßter Beschluß nun aufgehoben oder vielleicht ins Gegenteil verkehrt wird. Dieser für eine ordentliche Wirtschaftsführung unhaltbare Zustand mußte beseitigt werden, und wie überall in ähnlichen Fällen, verfiel man auch hier auf die stillschweigende Willenserklärung. Man erklärte, wer eine lange Zeit nichts gegen einen Gesellschafterbeschluß unternehme, verzichte damit auf das Anfechtungsrecht[47]. Dies ist aber nur ein Notbehelf; denn wie gerade die spätere Anfechtung zeigt, ist ein solcher Verzichtswille in den meisten Fällen nicht vorhanden und läßt sich auch nicht ohne weiteres aus dem Verhalten herauslesen. Diese Kon-

[42] RG. 121, 105; 130, 257; Flechtheim, JW. 1928, 2105.
[43] Krause, S. 69 f.
[44] JW. 1930, 1354.
[45] JW. 1929, 34.
[46] Krause, S. 70; RG., JW. 1929, 2944.
[47] Feine, Ehrenbergs Handb. III, 3 S. 552; Hachenburg, Komm. z. Ges. betr. d. G. m. b. H. 31 zu § 47.

struktion des stillschweigenden Verzichts ist auch von anderer Seite abgelehnt worden, und als allgemeine Schranke für die Rechtsausübung in diesen Fällen ist die Verwirkung herangezogen worden[48]. In einem Urteil vom Landgericht Berlin[49] ist entschieden worden, daß der Anspruch der Genossenschaft auf Einzahlung des Geschäftsanteils verwirkt sein kann, obwohl der Genosse noch Mitglied ist: Der Beklagte war im Jahre 1912 Genosse der Klägerin. Nachdem die Klägerin im Jahre 1913 zum letzten Male mit dem Beklagten in Verbindung gestanden hat, verlangte sie im September 1932 auf Grund eines G.-V.-Beschlusses vom 27. März 1924 Einzahlung des Geschäftsanteils. Dieser Anspruch wurde als verwirkt angesehen, da es gegen Treu und Glauben verstoße, nach so langer Zeit die völlig veränderten Ansprüche gegen den Beklagten wegen seiner Zugehörigkeit zur Genossenschaft im Jahre 1912 zu erheben; dies sei um so mehr der Fall, als die Genossenschaft zum Vorteil der Genossen bestimmt sei und nicht umgekehrt. Der Anspruch sei somit unbegründet. Diese Entscheidung ist aus zweierlei Gründen abgelehnt worden[50]: Einmal ginge sie über die allgemeinen, der Verwirkung gesetzten Schranken hinaus, und sodann ständen besondere, das Genossenschaftsrecht beherrschende Grundsätze der Anwendung der Verwirkung entgegen.

## 4. Verwirkung im Arbeitsrecht.

Ein Blick in arbeitsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen zeigt, daß auch hier der Verwirkungsgedanke eingedrungen ist. Insbesondere taucht das Problem der Verwirkung bei der Frage auf, ob ein Arbeitnehmer, der lange Zeit hindurch einen untertariflichen Lohn ohne Widerspruch angenommen hat, die Differenz zwischen dem erhaltenen Lohn und dem tarifmäßigen Lohn nachträglich vom Arbeitgeber noch fordern kann.

Hier hat Hoeniger[51] als erster den Verwirkungsgedanken herangezogen. Er sieht in dem Verhalten des Arbeitnehmers ein „venire contra factum proprium" und läßt deshalb den Anspruch der Verwirkung anheimfallen. Andere sind ihm gefolgt und erklärten, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn der Arbeitnehmer zunächst aus wohlerwogenen Gründen entgegen dem Tarifvertrag ohne Widerspruch einen geringeren Lohn annehme, weil er sonst entlassen würde, dann aber später die Lohndifferenz verlange[52]. Der Arbeitnehmer dürfe bei der Verfolgung seiner Rechte nicht nur sein eigenes Interesse im Auge haben, sondern er müsse auch

[48] Brodmann, Ges. btr. d. G. m. b. H. IV h zu § 47; Krause, S. 72.

[49] JW. 1933, 1040; vergl. auch das entgegenstehende Urt. ds. LG. Berlin JW. 1934, 502.

[50] Citron, in der Anm. zu dem Urt. ds. LG. Berlin JW. 1933, 1040 Nr. 2.

[51] SchlichtW. III, 6 ff., 76; IV, 23 ff.

[52] Hamburger, LZ. 1927, 298; LZ. 1931, 491; Erdel, SchlichtW. IV. 47; Giesecke, GruchBeitr. 67, 214 ff., Haymann, ArbGer. 27. Jahrg. 14, 116 ff.; Heinemann, LZ. 1928, 935; Priebe, DJZ. 1925, 662.

die Interessen des anderen Teiles berücksichtigen, und dies könnte dazu führen, daß er etwas von seinen eigenen Interessen opfern müsse[53].

Die Gerichte erblickten zunächst in dem Verlangen des Arbeitnehmers keinen Verstoß gegen Treu und Glauben, selbst dann nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Zugehörigkeit zu einem tariffähigen Verband verschwiegen hatte[54]. Dann aber sind sie von dieser Rechtsprechung abgekommen und wiesen den Differenzanspruch zurück, weil es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn die Differenz zwischen dem erhaltenen und dem tarifmäßigen Lohn erst nach langer Zeit gefordert werde[55]. Dabei wird nicht näher ausgeführt, was die Worte „nach langer Zeit" bedeuten sollen, ob lange Zeit nach Arbeitsleistung oder nach der Entlassung. Auch der Ausdruck „Verwirkung" ist hier noch nicht gebraucht; aber inhaltlich stellen diese Urteile die grundsätzliche Anerkennung der Verwirkung auf diesem Gebiete dar. Aus dem gleichen Gesichtspunkt hat das RAG. eine erst nach langer Zeit geltend gemachte Vergütung für Überstundenarbeit abgewiesen[56]; es laufe dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwider, so führt das RAG. aus, wenn jetzt noch Ansprüche erhoben würden, die während jahrelanger Arbeitszeit nicht verlangt worden seien, obwohl dies ohne weiteres möglich gewesen wäre. Gerade diese aus einem besonderen Grunde entspringende Forderung müsse in kurzer Zeit geltend gemacht werden, da nach Jahren die Überprüfung der damaligen tatsächlichen Verhältnisse erschwert sei.

Aber nicht nur der Arbeitnehmer kann sein Recht verwirken, sondern auch der Arbeitgeber darf mit der Ausübung eines ihm zustehenden Rechts nicht beliebig lange warten. Es ist wiederholt entschieden worden, daß auch er sich innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben halten müsse und sein Recht, z. B. die Befugnis zur sofortigen Kündigung, verwirke, wenn er ohne besonderen Grund mit der Geltendmachung zögere[57]. Ist ein Grund zur fristlosen Entlassung gegeben, so heißt es in diesen Entscheidungen, dann darf der Berechtigte durch seine Untätigkeit nicht erst bei dem anderen Teil den Gedanken aufkommen lassen, er werde von seinem Recht keinen Gebrauch machen, um dann doch bei passender Gelegenheit seine Befugnis auszuüben. Diese beiderseitige Verpflichtung, gegenseitige Ansprüche und Rechte alsbald geltend zu machen, folgt aus dem Arbeitsvertragsverhältnis. Dieses wird auch von dem Grundsatz des § 242 BGB. beherrscht und verpflichtet die Beteiligten in besonderem Maße, auf die beiderseitigen Interessen Rücksicht zu nehmen und unge-

[53] Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74 ff.

[54] RAG. BenshSlg. IV, 379, 671; VII, 219; ArbPrax. 1930, 344.

[55] RAGE, Bd. I, 222; Bd. VI, 288; BenshSlg. 2, 145; 5, 130; 6, 130; 8, 468; 9, 543, 492, 496; 12, 101, 232.

[56] RAGE. Bd. II, 41. BenshSlg. III, 18, 58.

[57] RAG. BenshSlg. 9, 543 = SammlVereinig. 1930, 527; RAGE. 1, 122 = BenshSlg. 12, 101; 13, 453; RG. 122, 38 ff. (41); JW. 1932, 69; 1933, 2081; vergl. auch Fußnote 1, S. 13.

klärte Fragen baldmöglichst zur Sprache zu bringen[58]. Es darf nicht durch längere Untätigkeit erst der Eindruck erweckt werden, als sei alles in bester Ordnung, und dann später doch noch ein Anspruch erhoben werden, dessen Geltendmachung mit dem früheren Verhalten in krassem Widerspruch steht.

## 5. Verwirkung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht.

Im Handels- und Wirtschaftsleben kommt es häufig vor, daß im Konkurrenzkampf auf der Suche nach einer geeigneten Firma, nach einem leicht merkbaren, auffallenden Warenzeichen oder nach einem zugkräftigen Schlagwort sehr ähnliche oder sogar gleichlautende Bezeichnungen auftauchen. Die Wahl eines solchen Namens oder Zeichens kann entweder aus Unkenntnis der schon vorhandenen Bezeichnungen erfolgen oder aber, und das wird in der Mehrzahl der Fälle wohl zutreffen, um in der Öffentlichkeit eine falsche Vorstellung über Herkunft und Güte der Erzeugnisse einer bestimmten Firma hervorzurufen, indem diese Waren in Aufmachung und Bezeichnung den Erzeugnissen einer anderen gut eingeführten und als Herstellerin guter Erzeugnisse allgemein bekannten Firma zum Verwechseln ähnlich angeglichen oder sogar einfach genau nachgemacht werden.

Gegen solche Machenschaften haben das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht eine Unterlassungs- und Schadenersatzklage gegeben (§ 16 UWG., § 14 WZG). Tritt der Berechtigte aber erst lange Zeit nach Eintritt der Voraussetzungen mit diesen Rechtsbehelfen hervor, sei es, daß er nicht eher die Verletzung seines Rechtes erfahren oder zunächst kein wirtschaftliches Interesse an der Verfolgung seiner Rechte hat oder dies aus Nachlässigkeit unterläßt, sei es, daß er seinerseits eine Schädigungsabsicht mit seinem Abwarten verfolgt, indem er den Gegner zunächst in den Glauben versetzt, daß er nichts gegen ihn unternehmen werde und ihn erst große Aufwendungen an Kapital und Arbeit machen läßt, so haben Rechtsprechung und Lehre das Recht des Verletzten für verwirkt erklärt; denn das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht stehe auch unter dem Grundsatz von Treu und Glauben[59]. Die in allen wettbewerbsrechtlichen Gesetzen zur Verfügung gestellten Befugnisse könnten also nicht in Widerspruch mit § 242 BGB. ausgeübt werden; geschehe dies doch, so seien diese Rechte der Verwirkung verfallen. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liege nur dann vor, wenn ein Zeicheninhaber oder ein sonstiger Berechtigter mit der Verfolgung seiner Rechte gegen den Verletzer so lange warte, bis dieser sich unter großen finanziellen Aufwendungen in langer mühevoller Arbeit einen wertvollen Besitzstand, das heißt eine

[58] Hamburger, LZ. 1931, 481.

[59] Becker, Mitt. f. Patentanwälte 1933, 44; Hamburger, Treu und Glauben im Verk., S. 89 ff.

gewisse Verkehrsgeltung der beanstandeten Bezeichnung, geschaffen habe[60]. Nachdem diese Bezeichnung jahrelang unangefochten geblieben ist, kann es dem Verletzer nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden, den erlangten Besitzstand zu zerstören. Selbst bei ursprünglich sittenwidrigem Wettbewerb hat man Verwirkung angenommen[61], da die Verwirkung nicht, wie vereinzelt angenommen wird[62], auf ersitzungsähnlichen Gesichtspunkten beruhe, sondern auf § 242 BGB., und sie sei daher nicht abhängig vom guten oder bösen Glauben des durch sie Begünstigten. Jedenfalls brauche dieser nicht von Anfang an gutgläubig gewesen sein; es genüge, wenn der Verletzer das Verhalten des Verletzten so auslegen dürfe, daß dieser sich mit der Verletzung seines Rechtes abgefunden habe und die Benutzung des gleichen Zeichens oder der gleichen Firma für ihn nun erlaubt sei[63].

## 6. Verwirkung im Urheberrecht.

Grundsätzlich ist die Verwirkung auch im Urheberrecht anerkannt[64]. Erwähnt sei hier der Urheberrechtsprozeß um Wilhelm Busch[65]. Der Tatbestand, der hier nur insoweit von Bedeutung ist, als die Verwirkung in Frage steht, liegt folgendermaßen: Nachdem der Kläger als früherer Verleger einiger Werke Wilhelm Buschs jahrelang — seit 1913 — die Herausgabe des „Kleinen-Wilhelm-Busch-Albums" durch den Verlag des Beklagten geduldet hatte, obwohl darin unter anderen Werken auch Bilder und Texte von den bereits im Verlage des Klägers erschienenen Werken abgedruckt waren, besann sich der Kläger erst im November 1930 auf sein Verlags- und Eigentumsrecht und erhob nunmehr Klage auf Unterlassung der Vervielfältigung und Verbreitung dieses Albums durch den beklagten Verleger. Unter Aufhebung des zweitinstanzlichen Urteils hat das RG. diese Klage zurückgewiesen, weil der Kläger das rechtswidrige Verhalten schon zu lange geduldet habe, als daß er jetzt noch Ansprüche geltend machen könne. Es vertrüge sich nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und mit den Anforderungen der Verkehrssitte, wenn man den Besitzstand des Beklagten nach so langer Zeit plötzlich beseitigen wolle.

[60] Becker, Mitt. f. Patentanw. 1933, 44; Hamburger, a. a. O. S. 89 ff.; Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74; Magnus, JW. 1927, 1565; Reimer, JW. 1928, 2064 ff.; Siebert, JW. 1933, 53 zu Nr. 9; RG. 100, 264 (Salem Gold — Salem Aleikum); JW. 1925, 2453 (Goldinafall); JW. 1927. 774 (Batscharifall); JW. 1927, 1569 (Typobarfall).

[61] Becker a. a. O.; Reimer, JW. 1928, 1064 ff.. RG. JW. 1930, 1694; 1931, 410, 1901, 2965; OLG. Köln JW. 1930, 1230, RG., MuW. 1930, 440, 560; 1931, 91; GewRsch. 1930, 93.

[62] Oppenheim S. 35; Seligsohn, GewRsch. 1930, 93.

[63] DRZ. 1930, Nr. 329; RG. 127, 321; JW. 1930, 1694; 1931, 410; JW. 1933, 53; de Boor, in der Anm. zu JW. 1933, 2277.

[64] RG. 128, 252 ff.; RG., JW. 1931, 430; 1933, 2276; de Boor in der Anm. zu JW. 1933, 2276; GewRsch. 1930, 982; aA. Oppenheim, S. 43.

[65] JW. 1933, 2276.

## 7. Verwirkung im öffentlichen Recht.

In den verschiedensten Fällen des öffentlichen Rechts ist die Verwirkung herangezogen worden. Der bekannteste Fall ist wohl die Ehrhardt-Entscheidung[66]. Es handelt sich um die Klage des Kapitäns a. D. Ehrhardt auf Feststellung, daß der Anspruch des Reiches gegen den Kapitän Ehrhardt auf Ersatz des durch seine Beteiligung am Kapp-Putsch im März 1920 bereits entstandenen Schadens verwirkt sei, da er erst im August 1927 geltend gemacht worden sei. Das RG. hat diese Frage nicht selbst entschieden, aber es hat angedeutet, daß bei Prüfung aller Umstände in Erwägung gezogen werden müsse, ob nicht eine Verwirkung vorliege, zwar nicht hinsichtlich des Schadenersatzanspruches selbst, wohl aber bezüglich der Aufrechnungsbefugnis gegen die Forderung des Klägers.

Heinemann[67] bringt einen Fall aus dem Steuerrecht, und er zeigt daran, daß auch hier der Verwirkungsgedanke recht brauchbar sei, da er allein zu billigen Ergebnissen führe. Seinen Ausführungen liegt folgender Tatbestand zugrunde: Beim Verkauf eines Grundstücks durch eine juristisch selbständige Handelsgesellschaft stellte sich bei der Auflassung heraus, daß das Grundstück auf den Namen der Muttergesellschaft eingetragen war. Daraufhin stellte auch diese Antrag auf Auflassung. Das Finanzamt erhob nun zuerst von der Tochtergesellschaft die Grunderwerbssteuer und nach einiger Zeit kam es mit einer zweiten Steuerforderung gegen die Muttergesellschaft aus der von dieser erklärten Auflassung. Die zweite Steuerforderung machte das Finanzamt erst dann geltend, als Erstattungsansprüche für die erste Steuerschuld nicht mehr gestellt werden konnten, damit die Beteiligten nur nicht den Kaufvertrag der Tochtergesellschaft rückgängig machten und ihn erneut seitens der Muttergesellschaft abschlössen, weil in diesem Falle nur e i n e Steuerschuld entstanden wäre. Wie Heinemann ausführt, ist das Verhalten des Finanzamtes nach dem positiven Recht zulässig, und mit den gewöhnlichen Rechtsbehelfen könne nicht dagegen angegangen werden; aber es könne doch niemand behaupten, daß dieses Verhalten auch mit Treu und Glauben zu vereinbaren wäre. Es grenze schon an wirkliche Arglist, und es sei daher angebracht, auch in solchen Fällen die Verwirkung heranzuziehen, um den zweiten Steueranspruch aus diesem Grunde abzuweisen.

Auch von anderer Seite[68] wird an einem Fall aus der Praxis gezeigt, daß für die Anwendung der Verwirkung im Steuerrecht ein Bedürfnis vorhanden ist. Hier lag der Fall folgendermaßen: Nachdem eine Gemeinde lange Zeit hindurch von dem ortsansässigen Gastwirt als steuerpflichtigem Einführer die Biersteuer eingezogen hatte, nahm sie nun, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Gastwirtes, die auswärtige Brauerei für die

[66] JW. 1931. 735.

[67] RUPrVbl. 51, 670.

[68] Herzog, in Tagesztg. f. Brauerei, 30. Jahrg. Nr. 165—66, Berlin, 16.—17. Juli 1932, S. 1.

Zahlung der Biersteuer in Anspruch. Hierzu meint Herzog[69], an sich sei es zulässig, von vornherein die Biersteuerforderung gegen die Brauerei als Einführer zu richten, aber es könne nicht zulässig sein, nach langer Zeit plötzlich mit diesem Anspruch auf den Plan zu treten, und zwar deshalb nicht, weil infolge der langjährigen anderen Übung die Brauerei gar nicht mit dieser Inanspruchnahme rechnen konnte und keine Möglichkeit mehr habe, diese Mehrbelastung auf ihre Abnehmer abzuwälzen. Auch hier verstoße die Nachforderung gegenüber der Brauerei gegen Treu und Glauben, weil sie mit dem früheren Verhalten der Gemeinde im Widerspruch stehe.

Gelegentlich ist ausgesprochen[70], daß ein Bürger, der durch eine Behörde ohne gesetzliche Ermächtigung in seinen privaten Rechten beeinträchtigt wird, mit seinem Einspruch nicht so lange warten darf, bis die behördliche Maßnahme vollständig oder wenigstens fast vollständig durchgeführt ist.

Für das Dienstentlassungsverfahren der Beamten hat das RG. die Verwendung der Verwirkung nur mit äußerster Vorsicht zugelassen oder überhaupt abgelehnt[71], weil hier das öffentliche Interesse in erster Linie zu berücksichtigen wäre und dies eine allgemeine Anwendung des § 242 BGB. und der Verwirkung im Dienstentlassungsverfahren verbiete. Demgegenüber stellt das OLG. Jena[72] fest, daß der Grundsatz von Treu und Glauben anerkanntermaßen auch für das Beamtenverhältnis Geltung habe. Jedenfalls könne auch eine Behörde einen Beamten, dessen Verhalten Grund zur fristlosen Entlassung gegeben hat, nicht noch jahrelang im Dienst belassen, um ihn dann bei Gelegenheit zu entlassen; die Behörde setze sich mit ihrem früheren Verhalten in Widerspruch und verstoße daher gegen Treu und Glauben[73].

Solcherart sind also die Tatbestände. Sie entstammen den verschiedensten Rechtsgebieten, und überall sind Verwirkungsgedanken die leitenden Gesichtspunkte für die Entscheidung gewesen.

Der Begriff der Verwirkung wird häufig genannt, ohne daß er erklärt wird. Freilich kehren bestimmte Gesichtspunkte bei der Prüfung der Verwirkungsmöglichkeit immer wieder. Hauptelement jedes Verwirkungstatbestandes ist das Nichthervortreten des Berechtigten mit seinem Recht während einer geraumen Zeit. Aber auch dem Verhalten des anderen Teiles wird Beachtung geschenkt, wie er die Untätigkeit des Berechtigten gedeutet und welche Maßnahmen er daraufhin getroffen habe.

---

[69] siehe Fußnote 68.

[70] Heinemann, RuPrVbl. 51, 670 ff.; Küchenhoff, RuPrVbl. 51, 275 ff.

[71] JW. 1927, 2186, 2193; 1928, 1503; 1929, 3377; 1930, 1188; 1932, 491.

[72] ZfBR. Bd. 4, 220 ff.; so auch RG. 96, 304; 126, 491.

[73] Vergl. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 288; nach ihm verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn die Behörde auf längst verziehene Fehler zurückgreife; er sieht in der Untätigkeit der Behörde eine stillschweigende Bestätigung.

Immer aber heißt es, daß nicht nur diese beiden Umstände bestimmend für die Annahme der Verwirkung seien, sondern daß alle Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden müßten, und daß festzustellen sei, ob unter den gegebenen Umständen in der Rechtsausübung ein Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. zu erblicken sei. Hierauf baut überhaupt das RG. seine ganze Verwirkungsrechtsprechung auf. Es ist gleichgültig, ob ein Fall aus dem bürgerlichen Recht, aus dem Arbeits- oder Wettbewerbsrecht oder aus sonst einem Rechtsgebiet zur Entscheidung steht: immer erfolgt die Prüfung der Verwirkungsfrage unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. Erscheint die Ausübung des Rechtes unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles als ein Verstoß gegen Treu und Glauben, so tritt Verwirkung ein.

II. Teil.

# Der Rechtsbegriff.

## 1. Allgemeine Begriffsbestimmung.

Mit der Verwirkung ist also ein neuer Rechtsbegriff in die Rechtsordnung eingeführt, der für die Rechtsverhältnisse von Bedeutung ist. Es fragt sich nun, wie er begrifflich zu fassen und näher zu erschließen ist, welche Stellung er im System des bürgerlichen Rechts einnimmt und wie er sich von anderen verwandten Einrichtungen unterscheidet. Weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre findet sich eine genaue Bestimmung des Verwirkungsbegriffes. Nur vereinzelt ist bei Schriftstellern der Begriff der Verwirkung angedeutet, aber eine genaue Definition wird nicht gegeben[74].

Das BGB. und andere Gesetze verwenden mehrfach den Ausdruck „Verwirkung". In § 339 BGB. ist von der Verwirkung der Vertragsstrafe die Rede, d. h. bei Eintritt besonderer im Vertrag aufgeführter Umstände wird die Vertragsstrafe fällig. Es ensteht ein Anspruch auf die versprochene Strafe. Im Familienrecht ist verschiedentlich die Verwirkung der elterlichen Gewalt als Folge einer strafgerichtlichen Verurteilung des Gewalthabers ausgesprochen. Hier besagt Verwirkung das Ende der elterlichen Gewalt für den bisherigen Gewalthaber (§§ 1495 Nr. 5, 1680, 1684, 1698, 1771 II BGB). Wenn im Versicherungsvertragsgesetz in den §§ 12 und 61 bestimmt ist, daß der Versicherer von seiner Leistungspflicht frei wird, wenn der Anspruch auf Leistung nicht innerhalb der im Vertrage bestimmten Frist geltend gemacht wird (§ 12), oder wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat (§ 61), so bedeutet dies auch eine Verwirkung[75].

Diese Fälle der Verwirkung haben aber mit der hier in Frage stehenden nur den Namen gemeinsam. Während in den angeführten Fällen die Verwirkung auf ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung beruht und der Ausdruck „Verwirkung" keine feste inhaltliche Begrenzung hat, sondern nur ein Wort ist zur Bezeichnung der verschiedenen in diesen Fällen eintretenden Rechtsfolgen, stützt sich hier die Verwirkung auf einen allgemeinen Rechtsgedanken, und ihr Name bezeichnet die Rechtseinrichtung der Verwirkung, wie sie die Rechtsprechung entwickelt hat. Ehe eine Definition der hier in Frage stehenden Verwirkung gegeben werden kann, ist die Vorfrage zu beantworten, ob der Verwirkungsbegriff in diesem Sinne überhaupt einheitlich gefaßt werden kann; denn wie

[74] Greil, SchlichtW. 1933, 6.
[75] Endemann, HWRechtsW. Bd. VI, S. 634.

schon erwähnt, läßt die im ersten Teil gegebene Zusammenstellung der Tatbestände Verschiedenheiten erkennen. Jedoch ist allen Begründungen gemeinsam der Gedanke, der also durch die Rechtsprechung zum Rechtsgedanken erhoben ist, daß die Untätigkeit eines Berechtigten während längerer Zeit beim Gegner den Eindruck erwecken kann, der Berechtigte wolle sein Recht nicht mehr ausüben; in diesem Vertrauen soll der Gegner dann nicht enttäuscht werden dürfen. Ein Rechtssatz also, der einen vorhandenen Grundsatz einschränkt. Der vorhandene Grundsatz ist der im Schuldrecht von jeher anerkannte Satz, daß der Gläubiger Ansprüche oder Rechte, die ihm zustehen, auch geltend machen kann, soweit nicht das positive Recht die Geltendmachung ausschließt oder hemmt. Der neue, diesen alten Grundsatz zurückdrängende Rechtsgedanke ist der: Wo ein Gläubiger dem Schuldner gegenüber durch längeres Schweigen den Anschein erweckt, daß er auf Gestaltung oder Leistung keinen Wert lege, da soll der Schuldner darauf vertrauen können, daß er nichts mehr zu leisten braucht. Die Rechtsordnung schützt ihn in diesem Vertrauen. Der andere hat dann sein Recht „verwirkt".

Da der Zeitablauf und ein Untätigbleiben Voraussetzungen der Verwirkung sind, so tritt der neue Rechtsbegriff neben längst vorhandene, die gleichermaßen an diese Voraussetzungen rechtliche Wirkungen knüpfen: Verjährung, Ersitzung und Ausschlußfristen. Bei diesen hat der Gesetzgeber den Grundgedanken der Verwirkung ins Auge gefaßt und berücksichtigt. Aber diese gesetzliche Berücksichtigung scheint dem Bedürfnis nach richtigem Recht nicht genügt zu haben, denn wie die Entwicklung gezeigt hat, bestand scheinbar eine Lücke im Recht, die der Richter mit Hilfe der Verwirkung auszufüllen suchte.

## 2. Verhältnis der Verwirkung zu ähnlichen gesetzlich geregelten Einrichtungen.

Unterschiede zwischen den im Gesetz verankerten Instituten, die dem Zeitablauf einen Einfluß auf den Bestand der Rechte einräumen, und der Verwirkung sind in verschiedener Hinsicht vorhanden. Von der Verjährung und den Ausschlußfristen unterscheidet sich die Verwirkung einmal dadurch, daß bei ersteren lediglich der Zeitablauf von Bedeutung ist, während bei der Verwirkung noch andere Umstände zu berücksichtigen sind. Aber auch soweit Zeitablauf ein Begriffsmerkmal der Verwirkung ist, ist er nicht fest bestimmt, sondern er ist beweglich, derart, daß die Verwirkung ein Institut darstellt mit größerer Anpassungsfähigkeit an die konkreten Lebenstatbestände, als es bei Verjährung und Ausschlußfristen der Fall ist. Auch von der Ersitzung ist die Verwirkung ganz verschieden. Weder hat hier der Begünstigte eine fremde Sache im Eigenbesitz, noch ersitzt er eine solche, und schließlich ist der gute Glaube des Begünstigten keine Voraussetzung der Verwirkung. Verwandt ist ferner

das Aufgebotsverfahren im Hinblick auf die Rechtswirkungen; aber hier liegt ein großer Unterschied darin, daß die Verwirkung Rechtsfolge eines Verhaltens schlechthin ist und dem materiellen Recht angehört, während das Aufgebot ein formelles Verfahren ist und dem Prozeßrecht angehört. Ähnliche Begriffe sind Verzicht, d. h. einseitige Aufgabeerklärung im Sachenrecht bei Gestaltungsrechten und vertragsmäßige Aufgabeerklärung im Schuldrecht. Beim Verzicht ist aber immer eine Willensbestätigung erforderlich, wenn sie auch stillschweigend erfolgen kann; die Verwirkung aber tritt ohne, sogar gegen den Willen des Betroffenen ein. Mit allen diesen im Gesetz festgelegten Rechtsfiguren deckt sich also begrifflich die Verwirkung nicht. Sie ist eine eigenartige Erscheinung im Rechtsleben unserer Zeit. Erst eine genaue Untersuchung ihres Wesens und ihrer Rechtsnatur wird ihren Rechtsbegriff näher erfassen lassen.

III. Teil.

# Wesen und Rechtsnatur der Verwirkung.

## A. Verwirkung und Verschweigung.

### 1. Die Verschweigung im alten deutschen Recht.

Es lag nahe, den Grundgedanken, auf den alle Fälle bisher anerkannter Verwirkung zurückzuführen sind, aus der deutsch-rechtlichen Einrichtung der Verschweigung herzuleiten. Man könnte sagen: Der Gesetzgeber hat den deutschrechtlichen Gedanken der Verschweigung zwar berücksichtigt — bei seiner Regelung des Aufgebotsverfahrens, der Ersitzung, des Fundes und vielleicht auch sonst noch in Einzelfällen —, aber er hat ihn nicht als allgemeines Institut anerkannt. Der moderne Richter aber hat unbewußt in seiner Lücken des Gesetzes ausfüllenden Rechtsprechung diesen altgermanischen Gedanken aufgegriffen und zum Rechtssatz erhoben, durch den also nunmehr die Verschweigung in unserer Zeit wieder ein besonderes Rechtsinstitut geworden ist. So kommt Krause[74] in seiner ausführlichen Schrift zu dem Ergebnis: „Die Verwirkung ist ein Fall der Verschweigung, sie ist überhaupt wesensgleich der Verschweigung." In seinen entscheidenden Gedankengängen führt er aus: „Da überall bei den Fällen der Verwirkung sich der Zeitablauf auswirkt, dem rechtsvernichtende Kraft innewohnt — lediglich auf Grund seines eigenen Schwergewichts —, da gemeinsames Merkmal aller Fälle die Rechtsendigung infolge Zeitablaufs ist, so äußert sich bei ihnen der Einfluß der Zeit in der Form der Verschweigung"[75].

Die Verschweigung des germanischen Rechtes wird dann in ihren bekannten Fällen erörtert — Liegenschaftsrecht, Erbe, Verlierer, entlaufener Höriger — als häufigste Beispiele unter Betonung, daß der Satz: „Wer gegenüber einer Beeinträchtigung seines Rechts Jahr und Tag schweigt, muß immer schweigen" in dieser Allgemeinheit nicht gelte[76]. Sodann wird hervorgehoben, daß im heutigen geschriebenen Recht Verschweigungsgedanken hauptsächlich in drei Gruppen von Erscheinungen fortleben, in sachenrechtlichen Tatbeständen (Fund, Versitzung, Ersitzung) und Aufgebotsfällen[77], und schließlich wird geschlossen: „Aus der Rechtsnatur der Verwirkung als Verschweigung ergibt sich endlich Klarheit, was für eine Art von Rechtsendigungsgrund sie darstellt. Sie ist Verlust

[74] a. a. O. S. 171 ff.; 215.
[75] Krause, S. 170.
[76] Krause, S. 171.
[77] Krause, S. 174 ff.

der Durchsetzbarkeit eines Rechtes gegenüber einem Störer und gibt eine rechtsbeschränkende Einwendung; sie bedeutet eine von Amts wegen zu beachtende zeitliche Schranke der Rechtsausübung, bringt aber das betroffene Recht nicht zum Erlöschen, sondern hindert seine Geltendmachung“[78]. Krause beruft sich hierbei auf die Ausführungen von Siebert[79].

Auch sonst haben schon Juristen die Verwirkung mit der Verschweigung in Verbindung bringen wollen[80]. Endemann[81] hat die Verwirkung des Aufwertungsanspruches mit der altgermanischen Verschweigung in Zusammenhang gebracht. Jedoch ist es ihm in seinen Ausführungen mehr darum zu tun, für die Verwirkung eine andere Bezeichnung zu finden, als das Wesen der Verwirkung mit dem Institut der Verschweigung zu erklären, unter Berufung auf die Verschweigung des Erben und der Belastung eines Grundstückes zugunsten einer Morgengabe. Dies deshalb, weil der Ausdruck Verwirkung irreführend hinsichtlich ihrer Wirkungen sei, diese aber den Folgen der Verschweigung gleichkämen.

Für das alte deutsche Recht läßt sich nun nicht feststellen, daß es ein allgemeines Institut der Verschweigung gab; immer werden nur einzelne Fälle aus den Quellen aufgezeichnet[82]. Schon frühzeitig waren sie anerkannt, neben der Unvordenklichkeit zeigte sich in der Verschweigung die Bedeutung des Zeitablaufs für den Bestand von Rechten. Verschweigung bedeutete Verlust des Rechtes, einen Zustand als unrechtmäßig anzufechten, wenn dies nicht in rechter Zeit und Form geschehen war. Eine große Bedeutung kam der Verschweigung zu bei der Entstehung rechter Gewere an Liegenschaften; weiter trat Verschweigung der Erbansprüche an dem vom Richter als erbloses Gut eingezogenen Nachlaß und an dem mit Beschlag belegten Vermögen des Verbrechers ein. Auch am Lehnserbrecht und am Recht der Lehnsfolge konnte man sich verschweigen. Ein bekanntes Beispiel ist auch die Verschweigung des Herrenrechtes nach dem Satz: „Stadtluft macht frei“. So gab es noch einige andere Fälle der Verschweigung, teilweise auch bei Schuldforderungen; aber eine allgemeine Regel, daß Rechte verlorengehen, wenn sie nicht binnen Jahr und Tag geltend gemacht wurden, kann man daraus nicht ableiten[83]. Die Verschweigung brachte dem bisher Berechtigten einen Rechtsverlust, dem Gegner einen Rechtserwerb. Sein bisher anfechtbares Recht wurde zum endgültigen und unanfechtbaren.

---

[78] Krause, S. 212, 215.

[79] Siebert, JW. 1932, 943, 2385.

[80] Endemann, HW. RechtsW. Bd. VI, S. 634; DJZ. 1928, 693; vergl. auch Eckardt, ArchZivPrax. 134, 114 ff.; Erdmann, IV, Kap. II; Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, S. 78 ff. Weitere Autoren s. bei Krause, S. 124, Note 535.

[81] HWRechtsW. Bd. VI. S. 634 ff.

[82] Brunner-Schwerin, S. 201; Heusler, II, S. 46, 103 ff.; Hübner, S. 17, 743; Immerwahr, Die Verschw. im deutsch. Recht (Gierkes Unters. 48); Planitz, S. 17; v. Schwerin, S. 85; Stobbe, I, § 68, S. 575; O. v. Gierke, deutsch. PrivR. I, § 35, III, S. 311.

[83] O. V. Gierke, a. a. O., S. 311 ff.; Sonntag, DJZ. 1928, 868; Stobbe. § 68, S. 575.

2. Berücksichtigung der Verschweigung im geltenden Recht.

Die neueren Rechte, insbesondere das BGB., haben die deutschen Rechtsgedanken in anderen Figuren aufgenommen[84]; so spielen in die Verjährung, Ausschlußfristen, Aufgebotsfälle mit Ausschlußfristen, in die Ersitzung und Versitzung solche Gedanken hinein.

Man könnte daher die Verwirkung nur dann als Verschweigung bezeichnen, wenn es im deutschen Recht ein Institut der Verschweigung gegeben hätte, das vom BGB. nicht geregelt worden wäre. Das ist aber nicht der Fall; die Verschweigung des deutschen Rechtes tritt zwar im BGB. nicht als einheitliches Institut in Erscheinung, aber sie ist in Einzelinstitute aufgelöst worden, und diese haben die Aufgabe, die im deutschen Recht der Verschweigung zukam, übernommen. Daher kann man nicht aus den Anwendungsfällen des germanischen Rechtes ein allgemeines Prinzip herleiten, das auch für das BGB. ein Rechtsinstitut hergeben könnte. Wollte man noch einen allgemeinen Grundsatz der Verschweigung anerkennen, so wäre ja die Verschweigung in doppelter Form im heutigen Recht vorhanden. Will man die Verwirkung bei dem Institut der Verschweigung unterbringen, dann bleiben nur diejenigen Gebilde des heutigen Rechtes, in denen die Verschweigung fortlebt. Aber zwischen diesen Instituten und der Verwirkung bestehen doch so mannigfaltige Unterschiede, die eine solche Einordnung nicht zulassen, und außerdem ist es auch fraglich, ob der Richter den Kreis der Verjährungs-, Ausschluß- und Ersitzungsfälle erweitern kann und darf.

Außer diesen kommen noch rechtstheoretische Einzelbedenken in Betracht. Bei der Verschweigung waren Gründe und andere nähere Umstände des Schweigens ohne jede Bedeutung. Hatte der Berechtigte nicht innerhalb der Frist von Jahr und Tag „rechte Widersprache" erhoben, so hatte er sein Recht verschwiegen; lediglich der Beginn oder der Ablauf der Frist wurde hinausgeschoben, wenn Personen zur Geltendmachung ihres Rechtes durch „echte Not" verhindert waren, bis zum Wegfall des Hindernisses[85]. Bei der Verwirkung im Sinne der modernen Rechtsprechung wird immer auf den einzelnen Fall abgestellt: Es müssen alle Umstände berücksichtigt werden, nicht nur auf seiten des Gläubigers, aus welchen Gründen er geschwiegen hat, sondern auch auf seiten des Schuldners, wie er sich auf Grund der Untätigkeit des Gläubigers eingestellt hat. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen steht im Vordergrund, und die Frage der Zumutbarkeit spielt dabei eine große Rolle[86].

Immer wieder wird in der Rechtsprechung betont, es sei auch das Verhalten des Schuldners in Betracht zu ziehen, aber nicht in der Weise, daß

---

[84] O.V. Gierke, Deutsch. PrivR. I, S. 312, 332; de Boor, JW. 1933, 2277; Naendrup, Iherings J., Bd. 75, 237 ff. (246); Siebert, DJZ. 1928, 1543; Sonntag, DJZ. 1928, 869.

[85] Heusler, II, S. 105 ff.; Hübner, S. 17; Planitz, S. 17.

[86] RG. 119, 230; JW. 1928, 650, 1875; 1929, 1877; 1929, 1965, 2134; 1930, 167; 1931, 582; 1932, 2174; 1933, 251; AufwRspr. 1929, 433; 1930, 127, 173.

festgestellt werde, welche wirtschaftlichen Maßnahmen er infolge der dauernden Untätigkeit des Gläubigers tatsächlich getroffen habe, sondern es müsse geprüft werden, ob er unter den gegebenen Umständen objektiv nach Treu und Glauben sich so einrichten durfte. Entscheidend ist nicht der subjektive Glaube des einzelnen, der sich berechtigt hielt, so zu handeln, sondern es kommt darauf an, was bei objektiver Prüfung gerechtfertigt ist. Durch diese Berücksichtigung des Verhaltens des Schuldners soll nun nicht dessen subjektiver Glaube geschützt werden. Nicht, weil der Schuldner von seinem Standpunkt aus annahm, der Gläubiger werde sein Recht nicht mehr geltend machen, tritt Verwirkung ein[87], sondern deshalb, weil das Verhalten des Berechtigten bei objektiver Beurteilung den Anschein erwecken mußte, daß er sein Recht nicht mehr ausüben werde, und infolgedessen der durch die Verwirkung Begünstigte wirtschaftliche Maßnahmen getroffen hat, die er ohne den vom Gegner erweckten Anschein der Nichtmehrgeltendmachung niemals vorgenommen haben würde, da sie ihm dann großen Schaden gebracht hätten. Im Hinblick auf diese wirtschaftliche Einstellung des Schuldners einerseits und auf das einen falschen Anschein erweckende frühere Verhalten des Gläubigers erscheint eine nunmehrige Rechtsausübung unbillig und für den Schuldner unzumutbar, da die Leistung ihm nun einen erheblichen Schaden bringt.

Durch diese Wertung nach Treu und Glauben gleitet die Verwirkungslehre in das Gebiet der Zumutbarkeit und, wenn man es so nennen will[88], in das Gebiet des Vertrauensschutzes über. Aber das Vertrauen des einzelnen wird nicht in der Form geschützt, daß etwa auf Grund des guten Glaubens an die Nichtgeltendmachung die Verwirkung eintritt[89], sondern es findet nur insofern Berücksichtigung, als es das Verhalten des Schuldners beeinflußt hat und infolgedessen eine noch fortdauernde Verpflichtung nach Treu und Glauben ihm nicht mehr zuzumuten ist.

Dieser enge Zusammenhang der Verwirkung mit der Frage der Zumutbarkeit und dem Grundsatz von Treu und Glauben ist aber, wie mit Recht betont wird[90], mit der deutschrechtlichen Verschweigung nicht in Einklang zu bringen. Wie sich aus den ausführlichen Darlegungen Krauses[91] ergibt, hat die Verschweigung mit diesem Grundgedanken nichts zu tun — man verschwieg sich nicht, weil Treu und Glauben es verlangten und ein Fortbestand des Rechts in der Person des früheren Rechtsinhabers unbillig erschien, sondern es spielt vielmehr der Gedanke einer Strafe hinein, insofern, als der Rechtsverlust eintrat wegen Nichtbefolgung einer öffentlichen Aufforderung zur Geltendmachung des Rechts. In diesem Punkte sind Verwirkung und Verschweigung grundverschieden, und können die beiden In-

[87] Vergl. Krause, S. 196.
[88] Krause, S. 193.
[89] Krause, S. 196.
[90] Krause, S. 193, 197.
[91] Krause, S. 193 ff.

stitute aus diesem Grunde in ihrem Wesen nicht ein und dasselbe sein. Man kann daher den vorerwähnten Ausführungen Krauses nicht folgen. Die deutschrechtliche Verschweigung erschließt nicht Rechtsnatur und Wesen der modernen Verwirkung. Damit entfällt auch Krauses Schlußfolgerung, Verwirkung bedeute als Verschweigung eine von Amts wegen zu beachtende zeitliche Schranke der Rechtsausübung[92].

Die Verwirkung ist also nicht deutschrechtliche Verschweigung. Eine andere Frage ist freilich, ob nicht der in der alten Verschweigung steckende Rechtsgedanke — deutschrechtliches Gedanken- und Erbgut — von der heutigen Rechtsprechung und Juristenwelt unbewußt nachempfunden worden ist und in einer Konstruktion verwirklicht wird, wie sie mit der im BGB. gegebenen Rechtsordnung vereinbar erscheint.

## B. Die Ableitung aus dem geltenden Recht.

### 1.

Da, wie im ersten Kapitel ausgeführt, bei der Verwirkung der Zeitablauf unter den zu berücksichtigenden Umständen eine hervorragende Rolle spielt, könnte man daran denken, die Verwirkung in die Institute der Verjährung und Ausschlußfristen einzuordnen. Wegen ihrer weitgehenden Ähnlichkeit mit den Ausschlußfristen hat man die Verwirkung als „die von aller Starrheit befreite Ausschlußfrist" bezeichnet[93]. Jedoch ist diese Konstruktion aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Einmal sind diese Institute — Verjährung und Ausschlußfrist — im BGB. abgeschlossen geregelt und können nicht beliebig vom Richter durch neue Einrichtungen erweitert werden, sodann besteht auch ein großer Unterschied zwischen Verjährung und Ausschlußfristen einerseits und der Verwirkung andererseits darin, daß bei letzterer außer dem Zeitablauf auch noch alle übrigen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.

### 2.

Auch die im Wettbewerbsrecht gelegentlich gemachten Versuche[94], das Wesen der Verwirkung mit dem Institut der Ersitzung zu erklären, sind abzulehnen. Es ist schon durchaus zweifelhaft, ob wegen der erheblichen Unterschiede zwischen den Grundgedanken der Ersitzung und denen der Verwirkung eine Gleichsetzung möglich ist[95], ganz gewiß muß aber diese Möglichkeit der Erklärung des Wesens der Verwirkung mit der Ersitzung eines Besitzstandes deshalb verneint werden, weil sie nur für das Wettbewerbsrecht, nicht aber auch auf anderen Rechtsgebieten, wo Verwirkung

[92] Krause, S. 211, 215.
[93] Heinemann, RuPrVbl. 51, 670 ff.
[94] Oppenheim, S. 30; Seligsohn, GRUR. 35 (1930), 93.
[95] Dagegen Baumbach, das ges. WettbewerbsR., S. 40; Cahn, MuW. 32. Jahrg. Nr. 7, S. 329 ff. (331); Callmann, § 1 UWG., Anm. 41 II; Siebert, JW. 1932, 942; RG. 134, 38; LG. Berlin, MuW. 30, 140.

möglich ist, zu gebrauchen ist[96]; die Verwirkung im Wettbewerbsrecht aber ist nichts anderes in ihrem Wesen als die Verwirkung in anderen Rechtsmaterien[97].

3.

Verzicht auf ein Gestaltungsrecht bzw. ein Erlaßvertrag bei einem Schuldvertrag können auch nicht die dogmatische Grundlage für die Verwirkung bilden[98]. Zeitweise waren die Unterschiede zwischen Verzicht und Verwirkung sehr verwischt, und man erblickte in der jahrelangen Untätigkeit des Gläubigers einen stillschweigenden Verzicht[99]. Doch bald wurde zwischen beiden ein scharfer Trennungsstrich gezogen[100]. Verzicht beruht auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden auf Erlaß gerichteten Willenserklärung, Verwirkung dagegen ist Folge eines Verhaltens schlechthin[101]. Einen solchen Verzichtswillen wird man aber im allgemeinen nicht annehmen können, sondern nur ganz besondere Umstände können hierauf schließen lassen[102], und wie die im ersten Teil erwähnten Tatbestände zeigen, kommt es bei der Verwirkung auf den Willen der Beteiligten keineswegs an. Nicht der Wille der Parteien führt zur Verwirkung, sondern objektive, aus dem Verhalten der Beteiligten sich ergebende Gründe führen sie herbei.

4.

Daher muß die Grundlage der Verwirkung in einer objektiven Rechtseinrichtung gesucht werden. Diese kann auf den ersten Blick die Rechtsfigur des „venire contra factum proprium" abgeben. In kurzen Worten besagt diese Lehre: „Niemand darf ein Recht im Widerspruch mit seinem früheren Verhalten geltend machen, wenn dieses Verhalten objektiv mit einer Aufrechterhaltung des Rechts unvereinbar erscheinen mußte, oder wenn die nachträgliche Geltendmachung gegen das Gesetz, die guten Sitten oder Treu und Glauben verstößt"[103]. Dieser Satz scheint auch auf die Verwirkung zu passen. Hier wie dort erfolgt eine Abstellung und Wertung des Verhaltens nach Treu und Glauben, und nach diesem Maßstab darf die Aufrechterhaltung des Rechts nicht unbillig und unzumutbar sein. Von verschiedenen Seiten hat man diese beiden Rechtsfiguren in Zusammenhang gebracht und die Verwirkung als einen besonderen Anwendungsfall des venire contra factum proprium angesehen[104]. Doch decken sich diese beiden

[96] Krause, S. 123 f.

[97] Becker, § 1 UWG. Anm. 25, 26; Callmann, § 1 UWG. Anm. 40; Hamburger, S. 90 ff. Krause hält sie seinen allg. Ausführungen entspr. auch im WettbewerbR. für Verschweigung (S. 204).

[98] Vergl. Krause, S. 49, 62, 115, 160.

[99] RG. 118, 375; JW. 1925, 948; LZ. 1930, 793; Zeiler BD. I, Nr. 43, 233, 237, 242, 247, 248; Bd. III, Nr. 615, 650; Bd. IV, Nr. 892.

[100] Scholtz, JW. 1930, 2356; RG. 134, 262 (270).

[101] Cahn, GruchBeitr. 47, 221.

[102] Krause, S. 162.

[103] Krause, S. 164.

[104] Hoeniger, SchlichtW. 3, 6 ff. 76; 4, 23 ff.; Heinemann, LZ. 1928, 935; Ennecc.-Nipp. § 208, Anm. 12.

Begriffe nicht. Riezler[105] selbst führt verschiedene Vorschriften des BGB. an, in denen zum Ausdruck komme, daß ein Widerspruch zum eigenen Verhalten unzulässig sei, z. B. die §§ 341 III, 464, 640 II BGB. Diese Normen haben aber mit der hier in Frage stehenden Verwirkung nichts zu tun. Ebenso steht der Abschnitt in Riezlers Schrift[106] „Verwirkung durch Rechtsausübung" in krassem Gegensatz zu der hier behandelten Verwirkung durch Nichtausübung des Rechts. In der Hauptsache behandelt die Lehre vom widerspruchsvollen Verhalten solche Fälle, in denen durch ein positives Tun ein anderes Recht verlorengeht, während bei der Verwirkung gerade die Untätigkeit Folgen zeitigt, und nicht allein deshalb, weil die nachträgliche Rechtsausübung in Widerspruch zu der vorherigen Untätigkeit steht, ist sie unzulässig, sondern es kommen noch andere Momente hinzu, insbesondere kommt dem Zeitablauf bei der Verwirkung eine große Bedeutung zu. Ob auch Fälle, in denen das Verhalten ein Unterlassen, ein Schweigen ist, unter den Begriff des venire contra factum proprium fallen können, ist zweifelhaft. Dagegen kann aber bei der Verwirkung das Verhalten des Berechtigten auch positive Handlungen in sich schließen, insbesondere ist das bei Gestaltungsrechten der Fall, z. B. wenn trotz vorhandenem Kündigungs- oder Rücktrittsrecht der Vertrag weiter erfüllt wird. Die Grenze zwischen Verwirkung und dem Begriff des gegensätzlichen Verhaltens kann manchmal flüssig sein, aber man muß sie doch immer scharf unterscheiden.

5.

Weiter könnte man daran denken, in der Verwirkung ein Rechtsprechungsgewohnheitsrecht zu erblicken, wie bei der positiven Vertragsverletzung, der vorbeugenden Unterlassungsklage und der an die Öffentlichkeit gelangten Erklärung im HGB. Hierzu fehlt es aber doch noch an der erforderlichen Klarheit, um von einer gleichförmigen Übung reden zu können. Auch liegt der Zeitpunkt, seit dem die eigentliche Verwirkungsrechtsprechung eingesetzt hat, noch nicht weit genug zurück, als daß sich in der Zwischenzeit schon ein Gewohnheitsrecht hätte bilden können.

6.

## Verwirkung ist Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB.).

### 1. Stellungnahme des Reichsgerichts und der Lehre.

#### a) Konstruktion des Reichsgerichts.

Da die Verwirkung unter keine der oben erwähnten Rechtsfiguren paßt, erscheint es fast so, als sei sie ein vollkommen selbständiges Rechtsinstitut, welches etwa gleichbedeutend neben der Verjährung steht. Das ist aber

[105] Riezler, V. c. f. p. S. 120.
[106] a. a. O. S. 143 ff.

keineswegs der Fall. Rechtsprechung und Lehre[107] haben immer wieder ausgesprochen, daß mit der Anerkennung der Verwirkung kein neues selbständiges Rechtsinstitut geschaffen würde. Sie muß daher im bestehenden Rechtssystem ihre Grundlage finden. Als solche kann nur die Norm des § 242 BGB. in Betracht kommen, wie sie das Reichsgericht richtig zur konstruktiven Grundlage der Verwirkung nimmt[108].

Verjährung, Ersitzung und Ausschlußfrist sind nicht die einzigen Einrichtungen im geltenden Recht, in denen der Gedanke, daß niemand mit der Geltendmachung seiner Rechte beliebig lange warten darf, zum Ausdruck kommt. Läßt jemand einen mit seinen Rechten nicht in Einklang stehenden Zustand lange Zeit hindurch unangefochten, so erweckt das den Eindruck, als ob der Berechtigte keinen allzu großen Wert auf sein Recht legt und er auch ohne Verwirklichung seines Rechts auskommen kann, und darum soll es auch in Zukunft dabei bleiben[109]. Dieser Gedanke kehrt wieder bei der Verschollenheit und in den Aufgebotsfällen des geltenden Rechts. Hierin zeigt sich, daß die Beeinträchtigung von Rechten durch Zeitablauf nicht alleiniges Vorrecht der Verjährung, Ersitzung und Ausschlußfristen ist. Vielmehr ist es ein allgemein gültiger Gedanke, und es ist keineswegs so zu halten, daß ein Recht nur dann in absehbarer Zeit geltend gemacht werden muß, wenn gesetzlich festgelegte Verjährungs- oder Ausschlußfristen drohen. Besondere Umstände können nach Treu und Glauben eine zeitigere Geltendmachung geradezu verlangen. Die Berücksichtigung von Treu und Glauben verleiht der Verwirkung eine große Anpassungsfähigkeit, die es ermöglicht, zu gerechten und billigen Ergebnissen zu gelangen, in Fällen, wo eine strenge Gesetzesanwendung zu unbilligen Härten führen würde.

In Anerkennung des § 242 BGB. als Grundlage der Verwirkungslehre hat das Reichsgericht folgenden Satz entwickelt[110]: „Niemand darf mit der Verfolgung seiner Rechte so lange warten, daß in seinem Verhalten ein Verstoß gegen Treu und Glauben erblickt werden kann und dem Gegner infolgedessen die Leistung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, insbesondere deshalb nicht, weil das Verhalten des Gläubigers in dem Schuldner den Glauben erweckte, daß das Geschäft erledigt sei, und er, darauf vertrauend, sich wirtschaftlich danach eingerichtet hat."

### b) Angriffe der Lehre gegen die Rechtsprechung.

Die Begründung der Verwirkungsrechtsprechung ist verschiedentlich

---

[107] RG. 118, 375; AufwertRspr. 1928, 398; 1929, 879. 1086; JW. 1929, 1741; Best, JW. 1932, 1801; Beisler, JW. 1928, 1338; Hoche, DRZ. 1927, 298; Mügel, JW. 1928, 488; Roth, JW. 1928, 1337; V. d. Trenck, JW. 1928, 485, 1928, 485; Erdmann, S. 26.

[108] RG. JW. 1927, 660, 1848; 1932, 2974.

[109] de Boor, JW. 1933, 2278; Heinemann, RuPrVbl. 51, 670 ff.; Rocholl, Verwirkung, § 12 I.

[110] JW. 1927, 660, 1848; 1932, 2974.

angegriffen worden[111]. Best[112] wendet sich insbesondere gegen die Verwirkungsrechtsprechung im Aufwertungsrecht und meint, es sei nicht gerechtfertigt, aus § 242 BGB. eine zeitliche Schranke für den Gläubiger zur Geltendmachung seiner Ansprüche herauszulesen. Zumal dann nicht, wenn die durch verzögerte Geltendmachung dem Schuldner drohende Verschlechterung der Vermögenslage dadurch verursacht sei, daß der Schuldner sich darauf eingestellt habe, von seinem Gläubiger nicht mehr mit der Forderung belästigt zu werden. Es ginge nicht an, aus § 242 BGB. eine für den Schuldner günstige Rechtsfolge herzuleiten, weil dieser sich in seiner Hoffnung, der Gläubiger würde den Anspruch nicht mehr geltend machen, getäuscht sehe. Nur dann, wenn das Verhalten des Gläubigers nach § 242 BGB. die exceptio doli generalis begründe, könne aus dem Nichtgeltendmachen eine dem Gläubiger nachteilige Folge hergeleitet werden. Die Einrede der Arglist könne aber nicht auf jede für den Schuldner entstehende Unbequemlichkeit gestützt werden, sondern sie setze eine wirkliche Arglist des Gläubigers voraus. Arglistig sei es aber nicht, wenn der Gläubiger aus Unerfahrenheit, Mangel an Geld oder aus Prozeßfurcht keine Klage erhebe, wohl aber, wenn der Schuldner sich „darauf einrichte", seinen Gläubiger um den größten Teil seiner Forderung zu bringen. Diesen Äußerungen schließen sich andere Schriftsteller an[113]. Der Schuldner müsse immer damit rechnen, daß auch s e i n Gläubiger über kurz oder lang Aufwertung verlangen werde, weil die Aufwertungsmöglichkeit allgemein bekannt geworden sei[114]. Der Umstand, daß der Schuldner im Vertrauen auf das Schweigen des Gläubigers über sein Vermögen solche Verfügungen getroffen habe, die er bei Kenntnis des Aufwertungsverlangens niemals getroffen hätte, weil ihm durch die spätere Aufwertung großer Schaden erwachsen würde, könne nur die Höhe des Aufwertungsanspruches beeinflussen. Eine Verwirkung über die Arglisteinrede hinaus sei jedenfalls nicht möglich.

Weiter wird gegen die Begründung der Verwirkung vorgebracht, sie verstoße geradezu gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes[115]; § 242 BGB. richte sich nach seinem Wortlaut nur an den Schuldner und bestimme, was dieser tun muß, um sich von seiner Verpflichtung zu befreien. Dagegen sei mit dieser Vorschrift nicht gesagt, daß auch der Gläubiger bei Ausübung seiner Rechte nur nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vorgehen dürfe. Schranken für die Ausübung der Gläubigerrechte sei einmal der § 226 BGB., der eine schikanöse Rechtsausübung verbiete, und sodann die Verjährung und schließlich noch die Ausschlußfrist. Darüber hinaus bestehe aber keine Möglichkeit, die Geltendmachung der Gläubiger-

---

[111] Best, JW. 1932, 1801; Beisler, JW. 1928, 1337; Müllereisert, ZBfHR. 1933, 97.
[112] JW. 1932, 1801.
[113] Beisler, JW. 1928, 1337; Roth, JW. 1928, 1335.
[114] Roth, JW. 1928, 1335.
[115] Müllereisert, ZBfHR. 1933, 97. Die Ehre im deutschen Privatrecht 1931, S. 129.

rechte einzuschränken. Durch Analogie den Grundsatz des § 242 BGB. auch auf den Gläubiger auszudehnen, sei unzulässig.

### 2. Eigene Stellungnahme.

#### a) § 242 BGB. als dogmatische Grundlage der Verwirkung (Rechtfertigung des RG.).

Wenn von verschiedenen Seiten eine Verwirkung nur innerhalb der „eng umgrenzten Einrede der Arglist" anerkannt wird, so kann man sich dieser Meinung ruhig anschließen; denn letzten Endes bedeutet die Begründung der Verwirkung mit § 242 BGB. nichts anderes als ein Berufen auf eine besondere Art der exceptio doli generalis. Die Einrede der Arglist ist heute allgemein anerkannt[116]. Ihre Grundlagen sind einmal die §§ 226 und 826 BGB., wenn nämlich die Ausübung eines Rechtes lediglich zum Zwecke der Schadenszufügung erfolgt, oder wenn sie eine vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung mit sich bringt[117]. Es kann aber auch eine exceptio doli generalis auf § 242 BGB. gestützt werden. Dies erklärt sich aus dem Wesen der heutigen allgemeinen Arglisteinrede. Darunter ist nicht ein fester und systematischer Begriff zu verstehen, sondern sie umfaßt eine Mehrheit von verschiedenen Rechtsgedanken[118]. Den §§ 226, 242 und 826 BGB. liegen gemeinsame Rechtsideen zugrunde. Sie verbieten jedes arglistige Verhalten und geben dagegen eine Einwendung; § 242 BGB. ist Ausfluß eines allgemeinen Rechtsprinzips. Aus der umstrittenen Lehre über die Bedeutung des § 242 BGB. ist als richtig festzuhalten, daß der Grundsatz von Treu und Glauben für beide Teile gegeben ist und eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung verleiht, daß er aber auch die exceptio doli generalis mitdeckt[119], die im Schuldrecht nicht zu entbehren ist. Wo sie anzuerkennen ist, muß freilich der Schuldner die Tatsachen anführen und gegebenenfalls auch beweisen, auf welche er seine exceptio stützt. Zieht man den § 242 BGB. so verstanden zur Begründung der Verwirkung heran, so ist freilich nicht immer erforderlich, daß der Gläubiger subjektiv arglistig handelt bei der Geltendmachung seiner Rechte, denn im Gegensatz zu den §§ 226, 826 BGB. verlangt § 242 BGB. nicht notwendig ein subjektives Tatbestandsmerkmal, sondern entscheidend ist nur das objektive Merkmal der Zumutbarkeit. Ist nach Treu und Glauben dem Schuldner die Leistung noch zuzumuten, so ist alles in bester Ordnung, anderenfalls verstößt das Verlangen des Gläubigers, ohne daß er subjektiv arglistig handelt,

[116] Enneccerus-Kipp, BGB. I 1 § 208 III, S. 587; Fischer-Henle, BGB. zu § 242, Bem. 5, S. 128; Staudinger-Werner, BGB. II, 1 § 242, Bem. 2, S. 34; Warneyer, BGB. zu § 242, Bem. 4, S. 426; Hamburger S. 18; Hager, Schikane und Rechtsmißbr., S. 139 ff., RG. 52, 219; 57, 376; 58, 428; 60, 392; 71, 434; 81, 398; 84. 136; 90, 216; 108, 110; 109, 309, u. a.

[117] Siebert, JW. 1932, 2385; Hamburger, DJZ. 1931, 929.

[118] Siebert, JW. 1932, 2385.

[119] Vergl. Fußnote 116.

gegen Treu und Glauben[120]. Auch der andere erhobene Einwand, die Begründung der Verwirkung verstoße gegen den Wortlaut des § 242 BGB., und der Grundsatz von Treu und Glauben könne nicht auch auf den Gläubiger angewandt werden, ist hinfällig. Wenn der § 242 BGB. seinem Wortlaut nach nur sagt, der Schuldner hat seine Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken, so ist damit doch nicht notwendig zum Ausdruck gebracht, daß dieser Satz nicht auch für den Gläubiger Geltung haben kann und dieser seinerseits nicht auch nur im Rahmen von Treu und Glauben sein Recht durchsetzen kann. § 242 BGB. enthält mehr als eine bloße Anweisung für den Schuldner, „wie" er seine Leistung zu bewirken habe; er bringt einen obersten, das gesamte Recht beherrschenden Grundsatz zum Ausdruck[121], nämlich den, daß alle Rechtsbeziehungen sich innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben abspielen müssen. Anerkanntermaßen bildet der § 242 BGB. auch eine Schranke der Rechtsausübung für den Gläubiger, insofern, als auch er die Leistung nur nach Treu und Glauben fordern kann[122].

Auch die vereinzelt erhobenen Bedenken[123], es sei widerspruchsvoll, einmal zu untersuchen, ob auf Grund von § 242 ein Aufwertungsanspruch entstanden sei, und sodann zu prüfen, ob nicht auf Grund der gleichen Vorschrift der Anspruch doch verweigert werden müsse, sind nicht stichhaltig. Für die Beurteilung dieser beiden Fragen kommen verschiedene Umstände in Betracht. Während für die Frage der Aufwertung nur die zur Zeit der Papiermarkzahlungen gegebenen Umstände des Einzelfalles von Bedeutung sind, kommen für die Prüfung einer etwaigen Verwirkung nur die später eingetretenen Umstände in Betracht, Ereignisse, die den vorhandenen Aufwertungsanspruch irgendwie beeinträchtigt haben[124].

Außer den gegen die Begründung des RG. gerichteten Angriffe hat die Lehre noch einige Bedenken allgemeiner Art gegen die Verwirkung geltend gemacht. So wird der Rechtsprechung immer wieder zum Vorwurf gemacht, die Entscheidungen bezüglich der Verwirkung verliefen nicht einheitlich, sie wichen in den Erfordernissen stark voneinander ab, und dadurch würde eine große Rechtsunsicherheit hervorgerufen[125]. Roth[126] bezeichnet es als ein tragisches Ergebnis, wenn die Verwirkungslehre auf das Erfordernis der Rechtssicherheit gestützt werde und gerade durch sie eine neue Rechts-

[120] Planck, 3c zu § 242, S. 45; Hedemann, SchuldR., S. 58; Oertmann, 2a zu § 242; Hamburger, S. 8 ff.

[121] Bessau-Hallamik, BGB. zu § 242, S. 368 f.; Staudinger, allgem. Teil, § 123, VIII, S. 515; Warneyer, BGB. zu § 242.

[122] Enneccerus I. 2. § 228, II, 1; Planck, 3c zu § 242; Soergel, Einl. 1. Teil, Bem. 2; Staudinger, zu § 242, Anm. II, 1; RGRKom. zu § 242, Anm. 1.

[123] Hoche, DRZ. 1929, 300; Sonntag, JR. 1928, 81; v. d. Trenck, JW. 1930, 2364.

[124] Rocholl, Die Verwirkung, S. 14 ff.

[125] Beisler, JW. 1928, 1337; Best, JW. 1932, 1804; Hoche, DRZ. 1929, 299; Jacoby, JW. 1929, 1388; Lenz, DJZ. 1928, 1188; Müllereisert, ZBfhr. 1933, 97; Roth, JW. 1928, 1355; Stoll, JW. 1929, 1001; v. d. Trenck, JW. 1928, 485.

[126] JW. 1928, 1335.

unsicherheit geschaffen werde. Mit den in der Rechtsprechung verlangten Erfordernissen sei die Verwirkungslehre nicht auf sicheren Fundamenten aufgebaut, sondern sie stütze sich auf drei Unbekannte einer Formel, deren Auflösung zwangsläufig die Rechtsprechung zu der Willkür und Rechtsunsicherheit führen müsse, wie sie tatsächlich in der betreffenden Rechtsprechung zutagetreten[127]. Es ist in der Tat nicht zu leugnen, daß durch die Anwendung der Verwirkung in gewissem Grade ein neuer unsicherer Faktor in die Rechtsprechung hineingetragen wird. Insbesondere ist das in der ersten Zeit ihrer Handhabung der Fall gewesen, als man noch keine bestimmten Richtlinien für die Annahme einer Verwirkung herausgearbeitet hatte[128]. Aber bis in die jüngste Zeit läßt sich eine uneinheitliche, sich widersprechende und damit Rechtsunsicherheit schaffende Rechtsprechung nicht feststellen, denn schon seit einigen Jahren ist eine gewisse Systematik in den Entscheidungen zu finden[129]. Bei näherer Betrachtung zeigt sich auch, daß die Unterschiede zwischen den einzelnen Entscheidungen weniger auf gegensätzlichen Anschauungen der einzelnen Senate beruhen, als vielmehr auf der Verschiedenheit der einzelnen Fälle. Ein gewisses Maß von Ungewißheit läßt sich gar nicht vermeiden, weil ein Hauptelement der Entscheidungen, die Wertung nach Treu und Glauben, selbst kein für alle Fälle feststehender Begriff ist, sondern jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen ist, was im konkreten Falle nach Treu und Glauben recht und billig ist. Aber es geht nicht an, deshalb zu sagen, bei der in der Rechtsprechung üblichen Form der Verwendung des Verwirkungsbegriffes sei der Willkür und einer beispiellosen Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet, und es käme zu ganz unbilligen Ergebnissen.

Ferner hat man gesagt[130], es sei überflüssig, neben der Verjährung, den Ausschlußfristen und der Ersitzung noch durch ein neues Rechtsinstitut dem Zeitablauf einen Einfluß auf den Bestand von Rechten zu geben. Demgegenüber sei betont, daß dem Zeitablauf bei der Verwirkung keine selbständige Bedeutung zukommt. Auch das Reichsgericht[131] hat immer wieder erklärt, daß der Zeitablauf nur in Verbindung mit verschiedenen anderen Umständen zur Verwirkung führen kann. Ferner genügten die gesetzlichen Institute der Verjährung und Befristung doch nicht für alle Tatbestände. Im allgemeinen wird man zwar ohne Verwirkung auskommen können, aber für besondere Fälle, die eine schnellere Klärung erfordern als sie diese Institute bedingen, paßten die starren Fristen der Verjährung und Befristung nicht. Da mußte

---

[127] Roth, JW. 1928, 1335; ähnlich Beisler JW. 1928, 1337; Greil, SchlichtW. 1933, 6.
[128] Hoche, DRZ. 1927, 298 ff.
[129] Mügel, JW. 1930, 1040 (1042).
[130] Beisler, JW. 1928, 1338; Hoche, DRZ. 1927, 298; Roth, JW. 1928, 1336; Salfeld, JW. 1928, 1339; v. d. Trenck, JW. 1928, 485.
[131] RG. 131, 233; JW. 1927, 1849; 1928, 488, 650; 1929, 1741; 1929, 1877; 1930, 812; 1933, 1268, 2081; DJZ. 1929, 1614; Recht 22, 230, Nr. 772; Zeiler, Bd. 6, Nr. 1165, 1212, 1230, 1271.

der Richter mit der Verwirkung helfen, deren Elastizität es ermöglicht, weitgehendst auf die Umstände des einzelnen Falles Rücksicht zu nehmen.

Zusammenfassend läßt sich also über das Wesen der Verwirkung folgendes sagen: die Verwirkung ist kein neues selbständiges Rechtsinstitut; sie ist lediglich ein neuer Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben. Sie findet im § 242 BGB. ihre dogmatische Grundlage und fügt sich damit schlüssig in die Dogmatik des geschriebenen geltenden Rechts ein.

b) Zulassung der Verwirkung außerhalb des Aufwertungsrechts.

Gegen die Verwendung der Verwirkung außerhalb des Aufwertungsrechts bestehen grundsätzliche Bedenken nicht. Die Verwirkung ist zwar in der Zeit der Aufwertung sehr bekannt geworden, aber warum sie deshalb, weil auf diesem Gebiet infolge der Zeitverhältnisse ein weiter Raum für ihre Anwendung gegeben war, hierauf beschränkt bleiben sollte, ist nicht einzusehen[132]. Kernfrage ist hierbei, inwieweit der § 242 BGB. Geltung hat, denn er ist letzten Endes die Grundlage der ganzen Verwirkungslehre, und wo der in ihm enthaltene Grundsatz Berücksichtigung findet, ist auch Verwirkung möglich. Daher besteht für das bürgerliche Recht kein Zweifel, die Verwirkung allgemein anzuerkennen, denn die Vorschrift des § 242 BGB. gilt nicht für ein bestimmtes Rechtsinstitut, sondern beherrscht die gesamten Rechtsbeziehungen der Rechtssubjekte[133]. Das geht schon aus seiner Stellung im Rechtssystem hervor. Aber hiermit erschöpft sich nicht der Wirkungsbereich dieses Grundsatzes; er gilt über das bürgerliche Recht hinaus, das Arbeits- und Wettbewerbsrecht steht unter seiner Herrschaft, ja, auch im öffentlichen Recht ist er nach hersechender Ansicht anwendbar[134]. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist eine höhere Rechtsnorm, die allen Bestimmungen, auch den zwingenden, immanent ist[135]. Für das öffentliche Recht ist allerdings eine Einschränkung zu machen. Die Rechtsgedanken des § 242 BGB. können hier keine so umfassende Berücksichtigung finden, wie es im Privatrecht der Fall ist. Sie können hier immer nur mit den durch die Eigenarten des öffentlichen Rechts gebotenen Schranken zur Anwendung kommen[136]. Auch die Lehre hat die Ausdehnung der Verwirkung auf andere Rechtsgebiete überwiegend gebilligt[137]. Nur vereinzelt hat sie gegen die allgemeine Verwendung der Verwirkung im bürgerlichen und öffentlichen

[132] Küchenhoff, DJZ. 1930, 1194.
[133] Hamburger, DJZ. 1931, 928.
[134] Abraham, JW. 1930, 1254; Best, JW. 1932, 1802; Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74; Hamburger, DJZ. 1931, 929; LZ. 1931, 1438; JW. 1931, 735; Heinemann, RuPrVbl. 51, 670; Küchenhoff, RuPrVbl. 51, 275; DJZ. 1930, L. 94; Raspe, Staat und Selbstverwaltung, 1931, 339; Becher, Mit. v. Verband d. Patantanw. 1933, 44; RG. 102, 22 = JW. 1921, 1244; JW. 1930, 1188; OVG. 82, 305; 83, 144; 84, 301; 87, 1, 140; Ablehnend Staudinger IV, a. E. zu § 242.
[135] Hamburger, DJZ. 1931, 929.
[136] RG., JW. 1931, 735.
[137] Siehe Fußnote 134.

Recht Stellung genommen[138]. Grundsätzlich seien die Schranken jeder Rechtsausübung im Gesetz festgelegt durch § 226 BGB. und ferner durch die Verjährung und schließlich noch die Ausschlußfristen. Allenfalls könne die Verwirkung Anwendung finden auf einzelnen Rechtsgebieten oder in außergewöhnlichen Zeiten, wie sie die Inflationsjahre und die nachfolgenden Jahre darstellten. Hier könne man die Verwirkung zulassen für Schuldverhältnisse, „die in Zeiten gewaltig aufsteigender Konjunkturen begründet und deren Erfüllung seitens des Gläubigers nunmehr in den völlig veränderten Zeiten der absteigenden und tief stagnierenden Konjunktur mit ihrer neuerlichen Veränderung des Geldwerts, der Preise und der Kreditmöglichkeiten verlangt wird[139]". Aber immer bliebe die Verwirkung eine Ausnahmeerscheinung. An anderer Stelle ist gesagt[140], das bürgerliche Recht kenne den Begriff der Verwirkung nicht, und abgesehen von Verjährung und Ablauf einer Ausschlußfrist könnten Rechte nicht einfach deshalb untergehen, weil sie nicht geltend gemacht würden.

Es ist auch, wie bereits ausgeführt, von der Rechtsprechung nie behauptet worden, daß bloßer Zeitablauf zur Verwirkung führe. Es müssen immer noch andere Umstände hinzutreten, damit von einem Verstoß gegen Treu und Glauben die Rede sein kann. Hoche läßt die allgemeine Einrede der Arglist zu, wenn ein arglistiges Verhalten des Gläubigers vorliegt. Da es sich bei der Verwirkung aber nur um eine besondere Art der exceptio doli generalis im Rahmen des § 242 BGB. handelt, ist nicht einzusehen, warum diese nicht auch allgemein zulässig sein soll. Den Einwendungen Müllereiserts[141] kann man insoweit zustimmen, als er in der Verwirkung eine Ausnahmeerscheinung sieht. Der Einwand der Verwirkung wird in normalen Zeiten verhältnismäßig selten sein und nur herangezogen werden, wenn sonstige Rechtsbehelfe versagen und doch nach Treu und Glauben dem Schuldner eine Leistung nicht mehr zuzumuten ist. Daraus folgt aber nicht notwendig, daß sie auch dogmatisch nur für Ausnahmezeiten zulässig sein soll. Wenn es an einer Stelle[142] als ein besonders gefährlicher Zustand bezeichnet worden ist, daß die Idee der Verwirkung auf andere Rechtsgebiete übergreifen könnte, so mag das für den betreffenden Fall vielleicht zutreffen, aber darum kann man nicht aus grundsätzlichen Erwägungen die Verwirkung lediglich als eine Einrichtung des Aufwertungsrechts ansprechen. Der Verwirkungsgedanke ist Ausfluß des dem gesamten Recht innewohnenden Grundsatzes von Treu und Glauben, und er kann daher nicht für einzelne Gebiete und Ausnahmezeiten Geltung haben, sondern ebenso wie dieser Satz selbst muß auch die Verwirkung eine allgemeine und dauernde Anwendungsmöglichkeit haben.

---

[138] Müllereisert, ZBfHR. 1933, 97; Greil, SchlichtW. 1933, 6; Hoche, DRZ. 1927, 298.
[139] Greil a. a. O.
[140] Hoche, DRZ. 1927, 298.
[141] ZBfHR. 1933, 97.
[142] V. d. Trenck, JW. 1928, 485.

c) Verwirkung ein außergewöhnlicher Rechtsbehelf.

Wenn auch die im Schrifttum gegen die Verwirkung erhobenen Angriffe und Bedenken nicht durchschlagend sind und nicht zu einer grundsätzlichen Ablehnung der Verwirkung oder wenigstens zu ihrer Beschränkung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet führen können, so sind sie doch nicht völlig außer acht zu lassen. Man kann sie als Mahnruf betrachten, damit nur nach genauester Prüfung aller Umstände die Verwirkung im einzelnen Fall herangezogen wird. Das stete Anwachsen der Verwirkungsrechtsprechung und gelegentliche Verlautbarungen in der neueren Zeit, die dem Verwirkungsgedanken in der Zeit der Erneuerung unseres Rechts und seiner Wiederbelebung mit deutschrechtlichen Gedanken größere Anwendungsmöglichkeiten zuzubilligen scheinen, geben Anlaß, darauf aufmerksam zu machen, daß die Verwirkung nur ein außerordentlicher Rechtsbehelf ist und dies in Zukunft auch bleiben muß.

Es ist in jüngster Zeit behauptet worden[143], die Verwirkung in ihrer heutigen Form sei vom alten Standpunkt des Schuldrechts, der sich aus individualistischer liberaler Auffassung bildete, nicht zu verstehen, sondern dazu sei erst eine Wandlung in der Grundauffassung des Schuldrechts notwendig gewesen, wie sie das heutige Deutschland bedinge. Die Grenze einer jeden Verwirkung habe der Satz gebildet: „qui suo jure utitur, neminem laedit". Dies ist auf den ersten Blick zutreffend, und die Verwirkung scheint viel besser zu den deutschrechtlichen Gedanken zu passen, daß jedes Recht nicht nur Macht, sondern auch Pflicht bedeutet; Pflicht zur Rücksicht auf den Nächsten und auf die Allgemeinheit, und daß jede Berechtigung ihre Grenzen an der Zumutbarkeit findet[144]. In der ersten Zeit der Verwirkungsrechtsprechung mag man sich von solchen Gedanken haben leiten lassen, aber mir scheint, daß in der Folgezeit die Verwirkung nicht immer aus dem dieser Auffassung zugrunde liegenden Gedanken „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" angewendet wurde, sondern daß die weitgehende Heranziehung der Verwirkung tatsächlich aus ganz anderen Gründen erfolgte, und erst jetzt, wo das Wort „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" zum obersten Grundsatz unseres ganzen Gemeinlebens erhoben ist, führt man auch die Verwirkung wieder auf solche Gedanken zurück und versucht den Beweis zu führen, daß schon in vergangener Zeit der heute so bedeutsame Satz in der Rechtsprechung in Erscheinung trat. Der wirkliche Grund für die weite Verbreitung und Anerkennung der Verwirkung ist m. E. darin zu sehen, daß man in vielen Fällen den äußeren Tatbeständen zu große Beachtung schenkte. Man beurteilte immer den im Augenblick der Geltendmachung des Rechts gegebenen Zustand, prüfte ihn nach den verschiedensten Richtungen, um zu dem Ergebnis zu kommen, daß der Anspruch verwirkt ist. Darüber vergaß man, daß schließlich ein Vertrag zwischen den Parteien

[143] de Boor, JW. 1933, 2276 ff.
[144] Radloff, JW. 1934, 68.

bestand oder der Anspruch bzw. das Recht aus einem sonstigen Grunde entstanden waren, und daß in erster Linie auf Erfüllung des Gesetzes gesehen werden mußte. Für diese Annahme sprechen vor allem zwei Umstände, die starke Betonung der wirtschaftlichen Einrichtung des Schuldners und die Hervorhebung des wertvollen Besitzstandes im Wettbewerbsrecht[145]. Diese Bevorzugung der gegebenen Verhältnisse vor den strengen Erfordernissen der Gesetze ist m. E. eine typische Erscheinung der vergangenen Zeit und ihrer Rechtsauffassung, denn letzten Endes kommt darin nur die Geringschätzung der Gesetze und damit der Autorität des Staates zum Ausdruck, wie es in vergangener Zeit vielfach der Fall war. Man darf aber bei der Verwendung der Verwirkung nicht ihren Ausgangspunkt und auch nicht den allgemeinen Zweck des Rechts vergessen. Die Verwirkung im hier verstandenen Sinne wurzelt in der Aufwertungsrechtsprechung. In der Zeit der Geldentwertung und der ihr nachfolgenden Aufwertung war sie sehr am Platze. Die damaligen außergewöhnlichen Umstände verlangten außergewöhnliche Mittel. Verjährungs- und Ausschlußfristen konnten in dieser Zeit weder dem Verkehr genügen noch entsprach ihre starre gesetzliche Regelung dem Rechtsempfinden, und darum griff man zu dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben und entwickelte auf seiner Grundlage die Verwirkung. Diese Eigenschaft, außergewöhnliches Hilfsmittel zu sein, darf man der Verwirkung nicht nehmen und sie nicht etwa unter dem Deckmantel des § 242 BGB. zu einem normalen Rechtsbehelf machen. Die Verwirkung und der ihr zugrunde liegende § 242 BGB. würden aber in ihrer Bedeutung und Anwendungsmöglichkeit verkannt, wenn man sie zu schnell heranziehen würde und unter Außerachtlassung der gesetzlichen Bestimmungen des konkreten Falles eine billige Entscheidung träfe. Das würde dem allgemeinen Zweck des Rechts widersprechen. Zweck des Rechts ist Sicherung und Förderung der Lebensaufgaben der Gesamtheit. Das bedeutet nun nicht, daß das Recht dem Leben alle Freiheit lassen muß, damit es ungestört seinen Lauf nimmt, sondern das Recht muß dem Gemeinleben gewisse Schranken setzen, damit sich dieses zum Wohle der Gesamtheit in geordneten Bahnen bewegt. Wenn es so ist, dann kann es doch nicht wundernehmen, wenn das Recht in erster Linie nach den Bedürfnissen der Allgemeinheit fragt und nicht so sehr das Wohl des einzelnen berücksichtigt. Die vorhandenen Schranken müssen im Interesse des Gemeinwesens grundsätzlich auch dann eingehalten werden, wenn es für den einzelnen hart und unbillig ist. Daher kann der Grundsatz von Treu und Glauben nicht schon bei bloßer Unbilligkeit herangezogen werden. Es gilt auch hier der alte Satz: „pacta sunt servanda", und der Schuldner muß seine Leistung grundsätzlich auch dann erbringen, wenn sie ihm schwerfällt. An Stelle der durch das objektive Recht geschaffenen subjektiven Rechte dürfen nicht allgemeine Billigkeitserwägungen treten, sondern nur unter ganz bestimmten

[145] Hierüber Näheres im 4. Teil, Ziffer 6 und 7.

Umständen darf man solche heranziehen. Für die Verwirkung folgt daraus: unter grundsätzlicher Anerkennung ihrer allgemeinen Verwendungsmöglichkeit außerhalb des Aufwertungsrechts darf man der Verwirkung auch in diesen Fällen nicht den Ckarakter eines außergewöhnlichen Hilfsmittels nehmen. Es ist immer davon auszugehen, daß grundsätzlich die Gesetze des konkreten Falles Erfüllung verlangen und regelmäßig nur der Ablauf der Verjährungs- und Ausschlußfristen die Durchsetzung der Rechte nach bestimmter Zeit ausschließen bzw. das Recht vernichten. Nur in Ausnahmefällen darf auf § 242 BGB. zurückgegriffen und der Berechtigte unter Heranziehung der Verwirkung mit seinem Recht abgewiesen werden, wenn nämlich bei strenger Prüfung aller Umstände die Leistung unzumutbar erscheint und das Verlangen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt.

Auch in der Rechtsordnung des neuen Staats kann die Verwirkung keine andere Aufgabe haben; sie darf nicht etwa ein regelmäßiges Mittel zur Entkräftung von Rechten werden. Wenn auch die der Verwirkung zugrunde liegenden Grundsätze von Treu und Glauben den Gedanken nahebringen, daß jedes Recht zugleich Pflicht ist und sie recht gut mit dem neuen grundlegenden Gedanken des Gemeinlebens, „Gemeinnutz geht vor Eigennutz", zu vereinbaren ist, so bedeutet das nicht, daß nun allgemeine Billigkeitsregeln an Stelle der Gesetze treten sollen. Gerade der erstarkte neue Staat verlangt hohe Achtung vor seinen Gesetzen. Diesen zu entsprechen und sie zu erfüllen ist oberstes, im Interesse der Gesamtheit liegendes Gebot. Mit Rücksicht auf dieses Interesse muß der einzelne auch dann den Geboten nachkommen und seine Verpflichtung erfüllen, wenn es für ihn hart ist. Nur in besonders gelagerten Fällen darf der Verpflichtete sich auf Verwirkung berufen können und dadurch von seiner Leistungspflicht befreit werden.

IV. Teil.

# Die Voraussetzungen der Verwirkung im einzelnen.

## 1. Das Schweigen des Berechtigten.

Wenn es nunmehr gilt, die Voraussetzungen der Verwirkung zusammenfassend darzustellen, so sind sie zunächst aus der Rechtsprechung und der dazu bisher verlautbarten Lehre zu entnehmen. Dabei ist aber zu prüfen, ob nicht aus der bisher in dieser Untersuchung gefundenen Grundlegung sich neue Gesichtspunkte dogmatischer Art ergeben, die für die Voraussetzungen der Verwirkung Bedeutung gewinnen.

Wir sahen, daß die Verwirkungsfälle recht verschiedenartig liegen können. Trotz der Verschiedenartigkeit der einzelnen Fälle und der im Einzelfall zu berücksichtigenden Umstände müssen bestimmte, in allen Fällen gleiche Voraussetzungen gegeben sein, wenn die Möglichkeit einer Verwirkung in Betracht kommen soll. Insofern hat die Rechtseinrichtung der Verwirkung ihren besonderen Tatbestand, bei dem eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Der Gläubiger muß sich längere Zeit hindurch nicht mit seinem Anspruch gemeldet haben und nun auf einmal Leistung verlangen, der Inhaber eines Gestaltungsrechts muß dieses, obwohl die Möglichkeit bestand, nicht ausgeübt haben und nun nach langer Zeit erst die Gestaltung vornehmen wollen. Insofern kann man diese erste Voraussetzung trotz Ablehnung der Übereinstimmung mit dem deutschrechtlichen Verschweigungsinstitut das Schweigen des Berechtigten nennen.

## 2. Zeitablauf.

Wenn in den Entscheidungen den Gläubigern oder sonstigen Berechtigten immer vorgeworfen wird, sie hätten zu spät Klage erhoben oder mit der Geltendmachung ihres Rechtes zu lange gewartet, so soll das bedeuten: sie haben geschwiegen, sie hätten früher mit ihrem Recht hervortreten müssen. Dieses Schweigen des Berechtigten muß also verspäteter Geltendmachung der Rechtsausübung gleichzusetzen sein. Zweite Voraussetzung ist also Zeitablauf. Welche Zeitspanne ist nun erforderlich? Sie ist nicht sicher zu bestimmen. Das unterscheidet ja gerade Verwirkung und Verjährung oder Ausschlußfrist, ebenso wie ein Unterschied darin liegt, daß Zeitablauf als Voraussetzung der Verwirkung immer nur eines von mehreren Tatbestandsmerkmalen ist; er allein kann niemals Verwirkung bewirken.

## 3. Die Veranlassung zum Handeln.

Nicht die bloße Tatsache des Schweigens während einer gewissen Zeitspanne genügt, sondern es muß auch während dieser Zeitspanne eine Veranlassung zum Handeln für den Berechtigten bestanden haben. Im allgemeinen kann doch ein Recht ausgeübt werden, bis es verjährt ist oder seine Geltendmachung durch eine andere positive Gesetzesbestimmung ausgeschlossen ist. Welches nun solche Umstände sein können, die Veranlassung zur Rechtsausübung in diesem Sinne geben, kann nicht in jedem Fall im voraus gesagt werden. Bei Vertragsverhältnissen können die verschiedensten Umstände von Bedeutung sein, bei Gestaltungsrechten ist wohl als Hauptgrund der Umstand zu nennen, daß durch längeres Schweigen und Untätigkeit des Berechtigten für den Gegner ein sehr lästiger Schwebezustand entsteht, weil er gar nicht weiß, woran er ist. Man kann für all die Gründe wohl eine gemeinsame Formel finden und sagen, ein Grund zum Handeln in angemessener Frist besteht dann, wenn nach der gegebenen Sachlage für den einen Teil eine alsbaldige Klärung wünschenswert ist und sie ihm selbst nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Wenn Krause[146] noch eine weitere Einschränkung macht und sagt: „Eine besondere Veranlassung zum Handeln besteht jedenfalls für den einen Teil nicht, wenn der andere in der Lage ist, selber zu handeln", so kann man ihm hierin m. E. nicht ganz zustimmen. Diese Forderung berücksichtigt zu sehr das Gläubigerinteresse. Gläubiger- und Schuldnerinteresse müssen aber in gleicher Weise beachtet werden. Für den Gläubiger entfällt nicht schlechthin die Veranlassung zum Handeln, weil auch der Schuldner handeln könnte, sondern nur dann, wenn dieser ebensogut tätig werden kann und seinerseits nach Treu und Glauben einen besonderen Anlaß dazu hat. In erster Linie ist es doch wohl Sache des Gläubigers, sich zu melden und etwaige Zweifel zu beseitigen; denn es liegt in der Natur der Sache begründet, daß der Schuldner sich nicht so schnell rührt und in vielen Fällen hat er auch keinen Grund, seinerseits etwas anderes zu tun als anzunehmen, daß der Gläubiger oder der sonstige Rechtsinhaber sich mit dem gegenwärtigen Zustand zufrieden gibt, weil alle Tatsachen dafür sprechen. Auch kann man Krause[147] darin nicht folgen, wenn er auf Grund des Erfordernisses der „besonderen Veranlassung zum Handeln" zu einer „glatten Verneinung" der Verwirkung von Tariflohnansprüchen kommt, weil es sich hier um eine grundlose, weder durch Vertragsklauseln noch durch irgendwelchen Streit der Parteien auch nur möglicherweise gerechtfertigte, rein willkürliche Weigerung handelt, der gegenüber der andere Partner nicht tätig zu werden brauche, die für ihn keine Veranlassung zum Handeln zu begründen vermag. Zuzugeben ist, daß während der Dauer eines Arbeitsverhältnisses wohl nur in den seltensten Fällen Verwirkung vorliegen wird. Der Arbeitgeber schuldet den

[146] Krause, S. 177 ff.
[147] Krause, S. 187 ff.

vollen Tariflohn, und wenn er nur einen geringeren Betrag zahlt, so ist im allgemeinen nicht einzusehen, warum er von seiner Restschuld befreit sein soll. Den nicht gezahlten Lohnbetrag schuldet er ebenso wie jeder andere Schuldner, der erst teilweise geleistet hat. Er hat zunächst gar keinen Grund, anzunehmen, der Arbeitnehmer wolle seine Restforderung auf den vollen Lohn nicht mehr erheben: er muß, solange das Arbeitsverhältnis besteht, immer damit rechnen, daß der Gläubiger seine Ansprüche aus irgendeinem Grunde zurückgestellt hat und sie über kurz oder lang doch erheben wird[148]. Anders dagegen, wenn durch Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgebrochen sind. Dann muß der frühere Arbeitnehmer in kurzer Zeit mit seinen Ansprüchen hervortreten, wenn er nicht Gefahr laufen will, auf Verwirkung zu stoßen. Er darf die Geltendmachung nicht mehr unangemessen lange hinausschieben, denn bei Prüfung der Frage der Verwirkung ist nicht nur das Interesse eines Beteiligten zu berücksichtigen, sondern es müssen auch die entgegenstehenden Interessen des anderen Partners beachtet werden. Es ist immer festzustellen, was nach Treu und Glauben für beide Teile tragbar ist. Jeder muß von seinen Interessen zugunsten des anderen etwas opfern, und darum ist es nicht zulässig, daß der Arbeitnehmer auf einem formalen Rechte bestehen kann, während dem Arbeitgeber jede Rücksicht versagt wird[149]. Der Arbeitgeber muß aber aus Kalkulationsgründen Gewißheit haben über die bestehenden Verpflichtungen. Es ist ihm nicht zuzumuten, insbesondere nicht in schlechten Zeiten, immer eine Summe bereitzuhalten für eventuell noch kommende Nachforderungen aus vielleicht schon Jahre zurückliegenden Arbeitsverhältnissen. Wenn der Arbeitnehmer solange keine Nachzahlung beansprucht hat, dann bekundet er damit, daß der bisherige Zustand für ihn tragbar ist, und der Schuldner kann mit gutem Grunde annehmen, daß er aus dem früheren Arbeitsverhältnis nun nicht mehr in Anspruch genommen wird, und kann seine Dispositionen darauf einstellen. Unter diesen Umständen kann der Arbeitnehmer wohl gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er zunächst aus wohlerwogenen wirtschaftlichen Gründen ohne Widerspruch einen geringeren Lohn annimmt, weil er sonst entlassen würde, dann aber später eine geraume Zeit nach der Entlassung sich auf seinen Restanspruch besinnt und Nachzahlung verlangt[150]. Es geht m. E. zu weit, zu sagen[151], der Arbeitgeber müsse immer, auch lange nach der Auflösung des Arbeitsvertrages, unter allen Umständen mit der Geltendmachung der Differenzsumme rechnen, einfach deshalb, weil er sie schuldet, oder er hätte seinerseits alle Zweifel beseitigen können durch vollständige

---

[148] Jadesohn, ArbR. 1932, 354, Heft 6.

[149] Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74 ff.

[150] Hamburger, LZ. 1931, 491; 1927, 298; Erdel, Schlicht W. IV, S. 47; Haymann in „Das Arbeitsgericht" 27. Jahrg. Nr. 4, S. 116 ff.; Heinemann, LZ. 1928, 935; Priebe, DJZ. 1925, 662.

[151] Krause, S. 188.

Erfüllung oder von dem Gläubiger eine ausdrückliche Erklärung verlangen können. Wenn man hier erklärt, der Schuldner müsse mit der späteren Geltendmachung deshalb rechnen, weil er schuldet, so müßte man dieses Argument in allen Verwirkungsfällen anführen, und eine Hauptstütze der ganzen Verwirkungslehre, die Würdigung des Verhaltens des Gläubigers und aller anderen Umstände nach Treu und Glauben, fiele weg. Es muß aber hier betont werden, daß man in diesen Fällen große Vorsicht bei der Prüfung der Möglichkeit einer Verwirkung walten lassen muß, um nicht zu leicht zugunsten des Schuldners zu entscheiden. Die Nachforderung der Differenzsumme seitens des Arbeitnehmers bedeutet nicht schlechthin einen Verstoß gegen Treu und Glauben, selbst wenn sie eine erhebliche Zeit nach der Entlassung erfolgt. Wann dies doch der Fall ist und der Arbeitgeber sich daher auf Verwirkung berufen kann, ist auch nicht allein vom untätigen Verhalten des Gläubigers abhängig, sondern es müssen noch andere Umstände hinzukommen. So müssen u. a. auch die geschäftliche Lage, die Größe des Unternehmens und die Höhe der nachgeforderten Summe berücksichtigt werden. Wie schon gesagt, darf man gerade bei Tariflohnansprüchen die Verwirkung nur nach strenger Prüfung aller Umstände annehmen; man muß immer berücksichtigen, daß dem Arbeitgeber der wirtschaftlich viel schwächere Arbeitnehmer gegenübersteht, dem der Ausfall eines Teilbetrages seines Lohnes viel mehr bedeutet als dem Arbeitnehmer die Nachzahlung dieser Summe. Das Moment der Zumutbarkeit ist in diesem Falle, wie überhaupt bei der Verwirkung, ausschlaggebend und bedarf einer stärkeren Heranziehung, als es in den diesbezüglichen Ausführungen Krauses geschieht.

## 4. Die Kenntnis des Berechtigten.

Eine weitere Frage ist, ob der Berechtigte Kenntnis von seinem Recht bzw. wenigstens die Möglichkeit solcher Kenntnis gehabt, oder ob er es auch bei Unkenntnis bzw. schuldloser Unkenntnis verwirken kann. In früheren Entscheidungen hat das Reichsgericht Kenntnis oder wenigstens grobfahrlässige Unkenntnis als Voraussetzung der Verwirkung angesehen[152]. Dieser Rechtsprechung ist die Lehre zum Teil gefolgt[153], zum Teil hat sie eine andere Ansicht vertreten[154], und auch das RG. hat diese Voraussetzung fallenlassen[155], namentlich für die Verwirkung im Wettbewerbsrecht soll es nicht auf Kenntnis oder Unkenntnis ankommen, denn, so führt das RG.[156] aus: „Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht beruht nicht auf ersitzungsähnlichen Gesichtspunkten, auch nicht auf dem Erfordernis, daß dem

[152] RAG. BenshSlg. 4, 161; RAGE Sammlg. Vereinig. 1930, 416; RG. 124, 21; 127, 321; WarneyE. 1914 Nr. 44; GRUR. 36, 397; JW. 1925, 2453 (Goldina); JW. 1927, 108 (Vox); JW. 1929, 1206; MuW. 1926, 225; 1927, 488; 1929, 544.

[153] Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74; Jadesohn, ArbR. 1932, 354; Reimer, JW. 1928, 2065.

[154] Becker, Mitt. f. Patentanw. 1933, 44; Wassermann, Grnd.Eigt. 32, 1075.

[155] RG. JW. 1931, 2706; 1932, 942 mit Anm. v. Siebert, JW. 1933, 53.

[156] JW. 1932, 942.

Kläger bei Verfolgung seiner Rechte eigener unlauterer Wettbewerb zur Last fällt, sondern auf dem das ganze Wettbewerbsrecht durchziehenden Grundsatz von Treu und Glauben, der die Rechtsverfolgung verbietet, wenn sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen mit Mühe und Not geschaffenen Besitzstand für einen vom Kläger geduldeten und erlaubten ansehen durfte."

Die Vorschrift des § 242 BGB. stellt eine rein objektive Norm dar, und es ist an sich möglich, alle subjektiven Momente auszuschalten und Verwirkung selbst bei schuldloser Unkenntnis eintreten zu lassen. Das würde aber zu sehr unbillgen Ergebnissen führen, und deshalb müssen in gewissem Maße doch subjektive Momente beachtet werden. Sie finden ja auch Berücksichtigung, wenn man beachtet, wie der Schuldner sich infolge des Schweigens des Gläubigers „eingerichtet" hat, und es ist nach Treu und Glauben nicht mehr als recht und billig, dann auch auf der Gläubigerseite ebenso zu verfahren, will man nicht die Verwirkung einseitig, lediglich nur zum Vorteil eines Teils heranziehen, ohne, wie es Treu und Glauben gebieten, auch die Interessen des anderen zu berücksichtigen. Eine solche einseitige, für den Schuldner sehr günstige, für den Gegner sehr ungünstige Regelung kann der Schuldner nach Treu und Glauben nicht verlangen. Andererseits darf auch der Betroffene nicht einfach Unkenntnis behaupten können und so der Verwirkung seines Rechts entgehen. Ein Mittelweg gibt hier den gerechten Ausgleich. Verwirkung greift dann Platz, wenn die Unkenntnis des eigenen Rechts auf eigener Nachlässigkeit beruht, d. h. also, wenn der Betroffene fahrlässig in Unkenntnis geblieben ist[157]. So gelangt man zu gerechten Ergebnissen.

## 5. Ausschlußgründe.

Ebenso wie das subjektive Moment der Kenntnis oder Nichtkenntnis nicht für völlig bedeutungslos zu erachten ist, muß man auch noch anderen subjektiven Gesichtspunkten große Beachtung schenken, denn es können im einzelnen Falle trotz Schweigen und Zeitablauf besondere Umstände, und zwar in erster Linie solcher subjektiver Art, der Annahme einer Verwirkung im Wege stehen. Für diese Gründe hat Krause[158] eine gute Bezeichnung gefunden. Er nennt sie: Ausschlußgründe, also Gründe, die ausnahmsweise das Schweigen während längeren Zeitablaufs als berechtigt oder begründet erscheinen lassen und daher die Verwirkung ausschließen. Von der herrschenden Meinung werden die verschiedensten Ausschlußgründe anerkannt[159], namentlich bei Aufwertungsfragen. So sollen die Unerfahrenheit und Gebrechlichkeit der betreffenden Personen[160], die Belehrung oder Erteilung

[157] Vergl. Krause, S. 205.
[158] Krause, S. 206.
[159] Gottschalk, GRUHR. 35, 6; Jadesohn, ArbR. 1932, 354; Mügel, JW. 1930, 1046; Reimer, JW. 28, 2064.
[160] RG., JW. 1930, 2414; Aufw.Rspr. 1929, 433, 951.

falscher Auskünfte durch einen Anwalt oder eine Reichsbehörde[161], fehlende Mittel zur Prozeßführung[162] oder Erfolglosigkeit in einem gleichartigen Prozeß[163], außergewöhnliche Zeiten[164], wie Krieg und Inflation, das lange Zuwarten des Berechtigten entschuldigen. In einer Entscheidung[165] wird betont, daß der Kläger nichts anzuführen habe, was geeignet wäre, sein langes Schweigen irgendwie zu erklären oder gar zu rechtfertigen. Weiter ist dem Berechtigten zugebilligt worden, mit der Geltendmachung seines Rechts zu warten, bis er einen genügenden Überblick über die Lage bekommen hat; eine sorgfältige, tatsächliche und rechtliche Prüfung der Sachlage kann erforderlich sein, ehe der Berechtigte sein Recht ausüben muß[166].

Für die Ausschlußgründe gilt dasselbe wie für die Frage der unverschuldeten Unkenntnis des Berechtigten. An sich brauchen solche subjektiven Gründe bei der Norm des § 242 BGB. keine Rolle zu spielen. Dies wäre aber durchaus unbillig. Während man auf der einen Seite auf die Zumutbarkeit abstellt, kann man nicht auf der anderen Seite mit anderem Maße messen, sondern man muß auch hier nach Treu und Glauben alle Umstände werten, auch subjektive; schließlich kann man dem Berechtigten keinen Verstoß gegen Treu und Glauben vorwerfen, wenn er aus gewichtigen Gründen nicht eher mit seinem Recht auf den Plan treten konnte. Ebenso wie zugunsten des Schuldners geprüft wird, ob ihm objektiv nach Treu und Glauben die Leistung jetzt noch zugemutet werden kann, ist zugunsten des Berechtigten dieselbe Prüfung anzustellen, bezüglich seiner Verpflichtung sein Recht beizeiten geltend zu machen. Stellt sich hierbei heraus, daß ihm nach Treu und Glauben unter objektiver Berücksichtigung all der Umstände, die einem früheren Hervortreten im Wege standen, nicht zuzumuten war, schon früher mit seinem Recht auf den Plan zu treten, so kann m. E. auch kein objektiver Verstoß gegen Treu und Glauben angenommen werden; eben bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch derjenigen, die entschuldigend wirken, kann die nunmehrige Geltendmachung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Das überwiegende Interesse des Begünstigten an alsbaldiger Klärung muß dann verneint werden, wenn es dem Berechtigten aus stichhaltigen Gründen nicht möglich war, eher zu handeln. Läßt man solche Entschuldigungsgründe zugunsten des Berechtigten nicht gelten, so dient diese Regelung einseitig dem Vorteil des durch die Verwirkung Begünstigten. Eine gerechte Abwägung der beiderseitigen Interessen verlangt aber Beachtung aller Umstände sowohl auf seiten des Betroffenen wie auch auf seiten des Begünstigten[167]. Es besteht daher m. E. kein Anlaß, die Verzögerung nur zu entschuldigen, soweit sie durch höhere

[161] AufwRspr. 1929, 433, 1086; 1930, 61; JW. 1931, 597.
[162] JW. 1929, 179.
[163] JW. 1930, 182.
[164] AufwRspr. 1930, 61; MuW. 1930, 371; 1931, 96; Reimer, JW. 1928, 2064.
[165] AufwRspr. 1930, 61.
[166] RG., JW. 1931, 735; 1932, 41.
[167] Siebert, JW. 1932, 942.

Gewalt verursacht ist, wie es Krause[168] durch analoge Anwendung des § 203 BGB. zulassen will. Auch ohne daß höhere Gewalt vorliegt, kann es im einzelnen Fall unter besonderen Umständen dem Berechtigten nicht zugemutet werden, sein Recht früher, als es geschehen ist, geltend zu machen. Ob er sich nun während einer langen Zeit ganz ausschweigen darf, oder ob er nicht auf irgendeine Weise zu erkennen geben muß, daß er aus seiner Rechtsstellung doch noch Folgen ziehen will, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden. Es kann erforderlich sein, daß der Berechtigte zwar sofort handelt, aber vorerst nur vorläufig, während die endgültige Entscheidung noch später getroffen werden kann, nachdem tatsächliche oder rechtliche Zweifelsfragen geklärt worden sind. Für diese Fälle ist ganz zutreffend gesagt worden: „Es sei ein Wartegrund vorhanden", der es dem Berechtigten erlaube, sein eventuelles zukünftiges Verhalten zunächst durch eine vorläufige Erklärung anzukündigen[169]. In anderen Fällen braucht der Berechtigte sich gar nicht zu rühren, sondern kann ohne weiteres auch nach langem Stillschweigen sein Recht noch verfolgen.

Solche Umstände dürfen bei der Verwirkung nicht außer acht gelassen werden, weder auf der einen Seite noch auf der anderen. Wenn die Entwicklung, wie der 4. Senat ausführt[170], dahingeht, „daß bei ungewöhnlich langem Zögern die sonstigen Umstände gegenüber dem Zeitablauf schließlich ganz in den Hintergrund treten könnten", und wenn, wie Krause[171] für das Aufwertungsrecht feststellt, „der Zeitablauf mehr und mehr in den Vordergrund gestellt wird und andere, insbesondere subjektive Erfordernisse zurückdrängt", so kann man dieser Entwicklung nicht ohne weiteres zustimmen. Gewiß kommt dem Zeitablauf große Bedeutung zu, aber es geht nicht an, andere Umstände als völlig belanglos schließlich ganz außer acht zu lassen. Man muß immer bedenken, daß der Zeitablauf allein sich in dem Institut der Verjährung auswirkt. Will man ihm obendrein noch vor Ablauf der Verjährungsfristen, ohne Berücksichtigung anderer Momente, Einfluß auf den Bestand von Rechten zubilligen, dann geht das nicht mit Hilfe der Verwirkung, sondern das bedeutet nichts anderes als eine Verjährung vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfristen. Es wäre aber doch Sache des Gesetzgebers, hier einzugreifen und diese Fristen zu verkürzen oder beweglicher zu gestalten. Die Verwirkung hat aber neben der Verjährung ihre Berechtigung, und es müssen bei ihr immer andere Umstände zu dem Zeitablauf hinzukommen.

### 6. Die wirtschaftliche Einstellung des Schuldners.

Sehr oft findet sich unter den von der Rechtsprechung und der Lehre verlangten Voraussetzungen der Verwirkung die Wendung: der Schuldner

[168] Krause, S. 208 ff.
[169] Krause, S. 210.
[170] JW. 1932, 1054 f.; ähnlich 2. Senat RG. 131, 225.
[171] a. a. O. S. 113.

oder der sonst durch die Verwirkung Begünstigte müsse sich auf die Nichtgeltendmachung des betreffenden Rechts des Gegners „wirtschaftlich eingerichtet" haben[172]. Das soll mit anderen Worten bedeuten, der Schuldner muß gerade in Anbetracht des langen Schweigens des Gläubigers Maßnahmen wirtschaftlicher Art getroffen haben, die er im Falle der Einforderung des Gläubigers nicht vorgenommen hätte, weil sie sich dann sehr zu seinem Nachteil ausgewirkt hätten. In der Tat spielen die in der Zeit zwischen Begründung und Geltendmachung der Schuld von dem Begünstigten getroffenen Maßnahmen bei der Prüfung aller Umstände eine beachtliche Rolle. Andererseits darf man diese wirtschaftliche Einstellung des Schuldners auch nicht überschätzen, denn darin liegt die schon erwähnte Gefahr, daß man den im Augenblick gegebenen Verhältnissen eine zu große Bedeutung beimißt gegenüber dem Erfordernis der Erfüllung der Gesetze. Es genügt hier keineswegs, daß der Schuldner lediglich erklärt, bestimmte Maßnahmen getroffen zu haben, sondern er muß dies näher darlegen[173], und dann ist mit objektivem Maßstab zu untersuchen, ob der Schuldner nach Lage der Dinge überhaupt Veranlassung hatte, zu glauben, der Gläubiger werde sich nicht mehr melden, und er dürfe sich daher wirtschaftlich dementsprechend einrichten. Würde man nur den tatsächlich getroffenen Maßnahmen Bedeutung beimessen, ohne zu fragen, ob sie nach Treu und Glauben gerechtfertigt erscheinen, so könnte dies dazu führen, daß ein Schuldner oder sonst jemand, der durch den Eintritt der Verwirkung einen Vorteil haben würde, allerlei Verfügungen trifft und sich so verhält, daß ihm eine spätere Behelligung seitens des Gegners einen großen Schaden bringen würde. Solche von dem Schuldner getroffenen Maßnahmen sind in der Tat arglistiges Verhalten, wie es Best[174] schlechthin jedem Aufwertungsschuldner, der sich auf Nichtgeltendmachung „einstellt", vorwirft. Wenn an gleicher Stelle gesagt wird: „Der Schuldner, der zufolge Zahlung in entwertetem Gelde meist nur eine kleine Teilzahlung geleistet hat, muß mit der Zahlung des Restbetrages bis zur Verjährung rechnen", so gibt dieser Umstand wohl Veranlassung, in solchen Fällen den Eintritt der Verwirkung nicht zu leicht zu bejahen, aber man kann trotzdem nicht jedem Schuldner, der sich auf Nichtgeltendmachung einstellt, einen Verstoß gegen Treu und Glauben vorwerfen, weil er darauf ausgehe, „den Gläubiger um seine Forderung zu bringen". Hat ein Schuldner oder sonstiger Begünstigter im Einzelfalle in dieser Absicht während der Schwebezeit gehandelt, so ist er unredlich, d. h., er verstößt selbst durch sein früheres Verhalten oder durch seine Berufung auf Verwirkung gegen Treu und Glauben. Ferner können nicht alle Maß-

---

[172] JW. 1927, 1849; 1928, 488; 1929, 1741, 1965; 1931, 582; 1933, 1048; DJZ. 1930, 167; AufwRspr. 1929, 433; 1930, 127, 173; SeuffertArch. 1927 Nr. 87; Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74; Hamburger a. a. O. S. 83 ff.; Mügel, JW. 1930, 1048; Jadesohn, ArbR. 1932, 354; Zeiler, Bd. 3 Nr. 726, 734; Bd. 6 Nr. 1165; Bd. 11. Nr. 2218.

[173] AufwRspr. 1928, 985.

[174] JW. 1932, 1801; ähnlich Beisler, JW. 1928, 1337; Greil, SchlichtW. 1923, 6.

nahmen genügen, sondern es müssen schon solche sein, die erheblichen Einfluß auf die ganze Vermögenslage gehabt haben[175]. Unerheblich sei z. B., wie Mügel[176] anführt, das Interesse des Schuldners an der Aufrechterhaltung seines Vermögensstandes in Büchern und Bilanz, ebenso sei der Verkauf eines Teils eines großen Besitzes oder seine hypothekarische Belastung nicht einschneidend genug, um Verwirkung annehmen zu können[177]. Den Beginn neuer wirtschaftlicher Unternehmungen hat man dagegen als eine erhebliche Maßnahme in diesem Sinne angesehen[178]. Mit Recht fordert man hier für die Vermögenslage einschneidende Maßnahmen, denn sonst würde man diesen Umstand zu sehr zugunsten des Schuldners auswerten, weil sicherlich jeder Schuldner, der sich von einer Leistungspflicht befreit glaubt, irgendwelche Maßnahmen trifft. Hat ein Schuldner gelegentlich zu erkennen gegeben, daß er noch mit einer Einforderung des Gläubigers rechne, so kann er sich später, wenn der Gläubiger tatsächlich an ihn herantritt, nicht auf Verwirkung berufen und dem Gläubiger keinen Verstoß gegen Treu und Glauben vorwerfen[179]. Auch darf keine gesetzliche Bestimmung vorhanden sein, gegen die seine Berufung auf Verwirkung verstößt. Daher hat auch das LG. Berlin, entgegen seiner früheren Ansicht[180], in einem neueren Urteil[181] die Möglichkeit der Verwirkung von Genossenschaftsrechten verneint, weil § 22 GenG. dem entgegenstehe. Diesem Urteil ist zuzustimmen; denn wenn auch eine Genossenschaft lange Zeit hindurch einen beitragspflichtigen Genossen nicht auf Zahlung seines Beitrages in Anspruch nimmt, so kann der Genosse, solange er noch Mitglied ist, doch nicht den Einwand der Verwirkung erheben, weil das Genossenschaftsrecht in erheblichem Maße vom Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes beherrscht wird. Die Pflicht des Genossen zur Beitragszahlung besteht nicht nur der Genossenschaft gegenüber, sondern sie greift darüber hinaus in die Interessen der Gläubiger, und aus diesem Grunde kann die Mitgliedschaft bei Genossenschaften nicht verwirkt werden[182].

## 7. Der wertvolle Besitzstand im Wettbewerbsrecht.

Im Wettbewerbsrecht wird das Verhalten des Verletzers in anderer Weise gewürdigt. Hier genügt nicht, daß er Maßnahmen wirtschaftlicher Art getroffen hat, sondern diese müssen auch von besonderem Erfolg gewesen sein; das von ihm unter Verletzung eines anderen Zeichenrechts gebrauchte Warenzeichen muß einen „wertvollen Besitzstand" darstel-

[175] JW. 1927, 1849.
[176] JW. 1930, 1048.
[177] AufwRspr. 1930, 127.
[178] JW. 1929, 179.
[179] JW. 1928, 488 = RG. 119, 230.
[180] JW. 1930, 1040.
[181] JW. 1934, 502; ebenso LG. Halberstadt, JW. 1933, 2929.
[182] Vergl. Anm. von Citron z. Urt. des LG. Berlin, JW. 1933, 1040.

len[183]. Das bedeutet: der Verletzer muß der beanstandeten Bezeichnung im Laufe der Zeit, während der Verletzte untätig geblieben ist, eine gewisse Verkehrsgeltung geschaffen haben. Nachdem der Verletzer mit viel Arbeit und Aufwendung großer Kapitalien das jetzt beanstandete Zeichen als sein Zeichen eingeführt und es als solches jahrelang unangefochten bestanden hat, kann es ihm nunmehr nicht zugemutet werden, den erlangten Besitzstand zu zerstören. Blieb der Verletzte eine solch lange Zeit untätig, so hat er im Hinblick auf den wertvollen Besitzstand des Gegners seine Unterlassungsklage nunmehr verwirkt, weil sie, erst jetzt erhoben, gegen Treu und Glauben verstößt. Nach herrschender Ansicht[184] spielt es dabei keine Rolle, ob der Verletzer unbewußt oder vorsätzlich das fremde Zeichenrecht verletzt hat. Selbst wenn er ursprünglich sittenwidrig handelte, könne später Verwirkung des Rechts des Verletzten eintreten, denn die Verwirkung beruhe auf § 242 BGB., und es sei nicht maßgebend, was im Augenblick der Verletzung war, sondern ausschlaggebend sei, was Treu und Glauben im Zeitpunkt der Klageerhebung gebieten. Daher brauche auch der Begünstigte nicht von Anfang an gutgläubig gewesen sein; es genüge, wenn der Verletzer das Verhalten des Verletzten so auslegen durfte, daß dieser sich mit der Verletzung seines Rechtes abgefunden habe und die Benutzung des gleichen Zeichens oder der gleichen Firma für ihn nun erlaubt sei[185]. Hierin kann man der Rechtsprechung und Lehre m. E. nicht zustimmen. Erfolgte die Verletzung des Zeichens ohne Verschulden, und durfte der Verletzer nach den gegebenen Umständen weiter mit der Duldung seitens des Verletzten rechnen, so kann das Recht des Verletzten verwirkt sein. Das mag auch noch zulässig sein bei fahrlässigem Handeln des Verletzten, aber Verwirkung kann man dann nicht annehmen, wenn die Verletzung des fremden Zeichens vorsätzlich erfolgte. Man darf nicht vergessen, daß hier eine gewollte Rechtsverletzung vorliegt und damit ein sehr wichtiges Interesse, nämlich die Achtung des Bürgers vor der durch staatliche Autorität geschaffenen Rechtsordnung, verletzt ist[186]. Die dieser Ansicht entgegenstehende Rechtsprechung beruht darauf, daß sie in diesen Fällen den äußeren Tatbeständen zu große Bedeutung beimißt. Die Gerichte nehmen die im Laufe der Zeit geschaffenen Zustände einfach als gegeben hin und unter Betonung, daß doch der Verletzer unter Aufwendung seines Kapitals und seiner Arbeitskraft dem Zeichen eine beacht-

---

[183] Hamburger, S. 89 ff.; Magnus, JW. 1927, 1565; Reimer, JW. 1928, 2064 ff.; Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74; Siebert, JW. 1933, 53; RG. 100, 264 (Salem Gold — Salem-Aleikum); JW. 1925, 2453 (Goldina-Entsch.); JW. 1927, 774 (Batschari); JW. 1927, 1569 (Typobarfall).

[184] RG. JW. 1930, 1694; 1931, 410, 1901, 2965; 1933, 53; MuW. 1930, 440, 560; 1931, 91; GewRsch. 30, 93; DRZ. 1930 Nr. 329; RG. 127, 326; OLG. Köln. JW. 1930, 1230; Reimer, JW. 1928, 1064 ff.

[185] RG. 127, 231 — JW. 1930, 1694; GewRsch. 1930, 1203; 1931, 161, 775, 861; 1932, 308; ähnlich Oppenheim, Verw. im gewerbl. Rechtsschutz, S. 39.

[186] Vergl. de Boor, JW. 1933, 2276 ff.

liche Verkehrsgeltung verschafft habe, stellt man von diesem Gesichtspunkt aus Untersuchungen über die Rechtslage und ihre Folgen an, ohne in erster Linie zu beachten, daß es zu dem im Augenblick gegebenen Tatbestand nur durch eine vorsätzliche Rechtsverletzung kommen konnte. Diese Zurücksetzung der bestehenden Gesetze vor den äußeren Tatsachen ist m. E. eine Folgeerscheinung der Einstellung der Gerichte und eines Teils der Lehre zum gesamten Wirtschaftsleben, insbesondere zu den großen Handelsgesellschaften. Die Wirtschaft, und zwar vornehmlich die Kapitalgesellschaften, machten allerlei bedeutsame Geschäfte unter möglichster Vermeidung der persönlichen Verantwortung und schufen die Dinge nach ihrem Sinn und Vorteil. Mit Hilfe von Geschäftsjuristen wurden alle Maßnahmen in eine juristische Form gebracht, damit sie auch rechtlich einwandfrei erschienen. Daß es nicht in der Ordnung war, dafür sind die großen Zusammenbrüche einer Reihe bedeutender Wirtschaftsunternehmen ein deutlicher Beweis. Diese und andere Korruptionsfälle der vergangenen Zeit wären nicht möglich gewesen, wenn die Gerichte und das Schrifttum von Anfang an gegen solches Geschäftsgebaren Stellung genommen hätten. Aber in dem Bestreben, der Wirtschaft nur ja kein Hindernis zu sein und etwa als Hemmschuh ihrer freien Entwicklung verschrien zu werden, hat man alles gebilligt, was die Wirtschaft unternahm, und hat lieber die anscheinend rückständige und zu strenge Rechtsauffassung geändert und gemildert. Ähnlich liegt der Fall auch hier; nur infolge der Überschätzung des wertvollen Besitzstandes konnte die Rechtsprechung so weit gehen und Verwirkung trotz vorsätzlichen Rechtsbruches zulassen. Wenn ich demgegenüber so sehr für Ablehnung der Verwirkung in den genannten Fällen eintrete, so deshalb, weil ich der Ansicht bin, daß ein noch so wertvoller Besitzstand die in der vorsätzlichen Gesetzesverletzung liegende Mißachtung der staatlichen Autorität nicht aufwiegen kann. Ohne Achtung vor dem Gesetz ist aber ein geordnetes Staatswesen nicht denkbar, und daher ist es bei aller Anerkennung der Arbeit des Zeichenverletzers nicht von solchem Nachteil für die Allgemeinheit, wenn ein solch wertvoller Besitzstand wieder zerstört wird, als wenn durch eine zu große Betonung seiner Bedeutung die bewußte Rechtsverletzung geschützt wird.

Eine weitere Stütze für die hier vertretene Ansicht kann auch ein Hinweis auf § 254 BGB. sein. Bei der Bewertung des mitwirkenden Verschuldens für die Schadenstragung fällt nach herrschender Ansicht[187] gegenüber vorsätzlichem oder gar arglistigem Handeln des Schädigers eine bloße Fahrlässigkeit des Geschädigten nicht ins Gewicht, und er kann zur Ausgleichung nicht herangezogen werden. Dieselben Gesichtspunkte kann man hier verwenden und entsprechend sagen: wenn jemand vor-

[187] Staudinger-Werner zu § 254 BGB.; Warneyer, BGB. zu § 254 Bem. II; RG. 69, 277; 76, 323; 78, 394; JW. 1908, 9; 1911, 91; 1913, 587; 1919, 305; Recht 1908 Nr. 301; 1914 Nr. 468 = WarneyE. 1914 Nr. 119.

sätzlich das für einen anderen geschützte Zeichen verletzt, so kann der Verletzte, wenn ihm nicht auch bezüglich des langen Zögerns Vorsatz zur Last fällt, seine Rechte auch dann noch geltend machen, wenn auf seiten des Gegners ein wertvoller Besitzstand entstanden ist.

Wann nun im einzelnen Fall diese Voraussetzungen gegeben sind, ergibt eine genaue Prüfung und Wertung aller Umstände nach Treu und Glauben. Es müssen immer die gesamten Umstände berücksichtigt werden; so ist z. B. die Art des Rechtsverhältnisses von Bedeutung[188], bei alltäglichen, kleinen Geschäften ist mit Rücksicht auf den Verkehr eine schnellere Klärung erforderlich und daher eher Verwirkung anzunehmen als bei anderen sog. lebenswichtigen Geschäften, die die ganze Wirtschaftssphäre des Betreffenden berühren[189], wie z. B. bei Unterhaltsansprüchen[190], bei der Übertragung eines Handelsgeschäfts[191] und Erbauseinandersetzungen[192]. Wie Heilfron[193] betont, macht auch das Reichsgericht hier einen bedeutsamen Unterschied und hat sich nur in ganz seltenen Fällen, in denen ein lebenswichtiges Geschäft vorlag, zur Annahme der Verwirkung entschließen können. Alle sonstigen in Betracht kommenden Umstände aufzuzählen, würde ins Uferlose führen. Es ist in jedem Falle verschieden. Der gleiche Umstand kann in dem einen Falle von besonderer Bedeutung sein, im anderen Falle spielt er vielleicht nur eine untergeordnete Rolle. Kurz gesagt, es muß in jedem Falle die Gesamtheit der Umstände berücksichtigt werden. Zweck dieser umfassenden Prüfung aller Umstände ist, festzustellen, ob im einzelnen Falle mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Erfüllung dem Verpflichteten noch zuzumuten ist oder nicht. Diese Feststellung der Zumutbarkeit im Rahmen von Treu und Glauben ist die eigentliche Kernfrage der Verwirkung. Sie soll die wider Treu und Glauben verstoßende Ausnutzung einer Rechtsstellung verhindern. Kommt man bei der Prüfung aller Umstände zu dem Ergebnis, daß eine noch jetzt bestehende Leistungspflicht unzumutbar erscheint, so liegt in dem Erfüllungsverlangen des Gläubigers ein Vorstoß gegen Treu und Glauben, und man muß Verwirkung annehmen.

---

[188] Küchenhoff, DJZ. 1930, 1194; Mügel, JW. 1930, 1048.
[189] RG. HRR. 1932, 605.
[190] AufwRspr. 1928, 988.
[191] AufwRspr. 1929, 347.
[192] RG. 117, 358 = JW. 1927, 2915; AufwRspr. 1929, 274; 1930, 223.
[193] DStZ. 1929, 47.

V. Teil.

# Die Wirkung der Verwirkung.

1. Wenn Ansprüche und Gestaltungsrechte unter den geschilderten Voraussetzungen verwirkt werden können, so fragt es sich, wie diese Wirkung rechtlich zu bestimmen ist. Stellt die Verwirkung einen selbständigen Rechtserlöschensgrund dar, oder bedeutet sie nur eine Hemmung der Geltendmachung des Rechts, eine Einwendung oder eine Einrede? Hierüber herrscht in der Rechtsprechung und im Schrifttum große Unstimmigkeit. Zur Bezeichnung der Wirkung der Verwirkung werden die verschiedensten Wendungen gebraucht. Manchmal heißt es, der Kläger habe den Anspruch verloren[194], oder der Anspruch könne nicht mehr geltend gemacht oder zugelassen werden[195]. Oder es wird gesagt: „Die Verwirkung steht als Erlöschensgrund selbständig und unabhängig neben dem Verzicht“[196], oder es wird allgemein vom Erlöschen des Anspruchs oder von Rechtsverlust infolge Verwirkung gesprochen[197]. Greil[198] bekämpft gerade die Verwirkung deshalb, weil sie sich „selbstherrlich über alle vom Gesetz für das Erlöschen eines Rechts im Einzelfall gegebenen Vorschriften hinwegsetze“. Das OLG. Karlsruhe[199] spricht von einer Einrede der Verwirkung, und an anderer Stelle ist die Rede von der „rechtsvernichtenden, auf § 242 BGB. beruhenden Wirkung eines bestimmten Tatbestandes“[200]. Verschiedentlich heißt es, die Befugnis zur Geltendmachung der Rechte sei verloren, der Rechtsausübung stehe die Verwirkung „als Schranke der Rechtsausübung“ entgegen[201], der Anspruch dürfe nach der gegenwärtigen Lage im Prozeß nicht geltend gemacht werden; es stehe ihm eine exceptio doli generalis seu präsentis entgegen[202].

2. Wenn nun, wie dargelegt, die Verwirkung ihre gesetzliche Grundlage in der Norm des § 242 BGB. findet, so kann sie als ein besonderer Anwendungsfall des Treu-und-Glaubens-Prinzips keine andere Wirkung haben als dieser Grundsatz selbst. Damit unterfällt das Problem dem schwierigen Gesamtproblem, ob § 242 BGB. eine Einwendung oder eine Einrede gewährt. Zumeist bedeutet der Grundsatz des § 242 BGB., daß er

[194] WarnE. 1918 Nr. 161.
[195] RG. 91, 345; 95, 307.
[196] JW. 1932, 718; 1933, 1040.
[197] Best, JW. 1932, 1804; Greil, SchlichtW. 1933, 6; Finger, MuW. 1931, 306, Frankenberger, JW. 1928, 26, 35; Heinemann, LZ. 1928, 935; Scholtz, JW. 1930, 2356.
[198] SchlichtW. 1933, 6.
[199] JW. 1933, 1267.
[200] Danzer-Vanotti, DRZ. 1932, 74.
[201] Siebert, JW. 1932, 2385; JW. 1933, 53, 65.
[202] de Boor, JW. 1933, 2278.

für beide Teile die Art und Weise bestimmt, ob und wie der Schuldner zu leisten hat, also eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung gibt. Soweit er aber auch mit der herrschenden Ansicht[203] die gesetzliche Anerkennung einer exceptio doli generalis ist, muß der Schuldner sich auf diese berufen und die Tatsachen darlegen, auf welche er seine Einrede stützt. Es fragt sich also nur, ob die Verwirkung immer nur auf Einrede hin vom Richter zu berücksichtigen ist, oder ob es auch Fälle einer Verwirkung gibt, die der Richter von Amts wegen zu beachten hat (Einwendung). Verschiedentlich wird nun im Schrifttum angedeutet, daß die Verwirkung überhaupt keine Einrede oder Einwendung im üblichen Sinne sei[204], und es wird nach anderen Bezeichnungen gesucht. Krause[205] empfiehlt, die Verwirkung als „rechtsbeschränkende Einwendung" zu bezeichnen. Er geht offenbar von den Ausführungen Sieberts aus[206], der die Bezeichnung „Einrede oder Arglist" als doppelt unrichtig verwirft und vom „Einwand der Verwirkung" spricht. Einwand ist aber kein technischer Begriff neben Einwendung und Einrede, und man muß auch die Verwirkung in das bisherige Schema „Einrede oder Einwendung" einordnen, denn ein Drittes gibt es nicht. Es wäre allenfalls möglich, Siebert dahin zu verstehen, daß er das Rechtsschutzinteresse verneint, also eine prozeßhindernde Einrede wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses in der Verwirkung erblickt, aber das paßt auch wieder nicht, denn die Verwirkung ist ein Institut des materiellen Rechts, ebenso wie § 242 BGB.

Gibt es nun Fälle einer Verwirkung, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind? Aus der Kasuistik der entschiedenen Fälle lassen sich wohl kaum solche feststellen und auch lassen sich solche nicht bilden. Man kann m. E. überhaupt nicht von verwirktem Recht reden, wenn der Schuldner nicht die Unzumutbarkeit empfindet und deshalb Verwirkung geltend macht. Für die Annahme bloßer Einrede spricht, daß der Schuldner sich wirtschaftlich eingerichtet haben muß, worauf er sich doch wohl berufen muß und was er nötigenfalls auch beweisen muß. Das ist zwar nicht gleichbedeutend mit einer Einrede im technischen Sinn, aber doch ein sehr beachtliches Moment; denn wenn der Schuldner sich nicht wehrt gegen einen Anspruch aus einem lange Zeit zurückliegenden Geschäft, ihn sogar ausdrücklich anerkennt, dann kann doch nicht der Richter von Amts wegen feststellen, daß nach Treu und Glauben die Leistung unzumutbar ist, und die Klage infolge Verwirkung zurückweisen. Zu diesem Ergebnis würde man kommen, wenn die Verwirkung als Einwendung von Amts wegen berücksichtigt würde. Auch könnte m. E. ein Versäumnisurteil ergehen, wenn lediglich aus dem Vorbringen des Klägers die Unzumutbarkeit her-

---

[203] Siehe Fußnote 116 auf Seite 43.

[204] Callmann Anm. 40 zu § 1 UWG.; Gottschalk, GRUHR. 35, 5; Krause, S. 212; Reimer, JW. 1928, 2069; Siebert, JW. 1932, 2385.

[205] a. a. O. S. 212.

[206] Siebert JW. 1932, 942, 2385.

vorginge. Es widerspricht m. E. dem mit der Verwirkung verfolgten Zweck sie von Amts wegen zu berücksichtigen. Nicht der Richter soll den ersten Anstoß zu ihrer Anwendung geben, sondern es soll in der Hand des Schuldners liegen, ob er sich ihrer als ultima ratio bedienen will oder nicht. Erst wenn der Schuldner sich auf Unzumutbarkeit beruft, ist es Sache des Gerichts, objektiv nach Treu und Glauben zu prüfen, ob die Berufung auf Unzumutbarkeit zu Recht erfolgt und infolgedessen Verwirkung Platz greifen soll oder nicht.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß die Verwirkung in allen Fällen nur auf Einrede hin und nicht von Amts wegen vom Richter berücksichtigt werden kann. Dieses Ergebnis gibt auch die Antwort auf die Frage der Wirkung der Verwirkung. Als Einrede vernichtet sie nicht das Recht in seinem Bestande. Dieses bleibt unberührt; der Schuldner kann nach Leistung trotz Verwirkung keine condictio indebiti nach § 812 BGB. erheben, denn er leistet nicht grundlos, sondern er leistet, was er schuldet. Die weitere Frage, ob der Schuldner seine Leistung etwa nach § 813 BGB. zurückfordern kann, ist davon abhängig, ob die Verwirkung eine dauernde oder nur vorübergehende Einrede ist. Dies ist nicht allgemein für alle Fälle zu bestimmen. Es kann möglich sein, daß neue Umstände, z. B. eine erhebliche Veränderung in den Vermögensverhältnissen der Beteiligten oder der Wegfall des wertvollen Besitzstandes, nach einiger Zeit zu einer ganz anderen Beurteilung des Falles führen und die Einrede der Verwirkung dann nicht mehr begründet ist. In der Mehrzahl der Fälle wird jedoch eine dauernde Einrede gegeben sein. Dann könnte der Schuldner gemäß § 813 BGB. seine Leistung zurückverlangen, wenn zur Zeit der Leistung der Tatbestand der Verwirkung gegeben war. Dies wird aber in der Praxis wohl kaum vorkommen. Beruft sich ein Schuldner nachträglich auf Verwirkung, so wird es ihm schwerfallen, die Unzumutbarkeit der Leistung zu beweisen, denn er hat sie ja bereits erbracht, und andererseits wird in dem Verhalten des Gläubigers ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht zu erblicken sein. Der Schuldner wird also mit der Berufung auf Verwirkung nicht durchdringen und daher seine Leistung nicht herausverlangen können.

Liegt aber Verwirkung vor, so kann der Schuldner, wie in allen anderen „Einrede-Fällen", dem Erfüllungsverlangen des Berechtigten die Einrede der Verwirkung entgegenhalten und seine Leistung verweigern. Die Verwirkung hindert demnach lediglich die Durchsetzung des an sich noch vorhandenen Rechts. Man kann die Folgen der Verwirkung damit kennzeichnen, indem man sagt: die Verwirkung als Einrede bringt das betroffene Recht nicht zum Erlöschen; sie bildet vielmehr nur eine Schranke der Rechtsausübung.

# Schlußwort.

Abschließend ist über die Verwirkung folgendes zu sagen: Grundsätzliche Bedenken gegen die dogmatische Zulässigkeit der Verwirkung bestehen nicht. Sie findet ihre dogmatische Grundlage in § 242 BGB. und kann daher auf allen Rechtsgebieten zur Anwendung kommen. Trotz dieser grundsätzlichen allgemeinen Anerkennung darf mit der Verwirkung kein Mißbrauch getrieben werden durch eine zu großzügige Verwendung. Eine solche ist nur geeignet, Unsicherheit und Unklarheit im Verkehr herbeizuführen und die ganze Treu- und Glaubenslehre in Verruf zu bringen. Dies ist um so leichter möglich, als die Voraussetzungen sich nicht in schematischen Formeln festlegen lassen, sondern entscheidend immer die mehr oder weniger verschiedenen Umstände des Einzelfalls sein werden. Man muß immer bedenken, daß regelmäßig Verjährung und Befristung die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Institute sind, die die Ausübung von Rechten innerhalb eines bestimmten Zeitraumes gebieten. Andererseits jedoch kann die heutige Zeit die Einrichtung der Verwirkung nicht völlig entbehren. Mannigfaltige Umstände und Geschehnisse, an die man bei Schaffung des BGB. noch nicht zu denken brauchte, können Rechtsverhältnisse und Rechtsbefugnisse mit der Zeit dahin beeinflussen, daß nunmehr die Leistung des Verpflichteten als unzumutbar bzw. die Ausübung eines Rechts als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheint. Den Erfordernissen des Lebens stehen hier formale Rechte entgegen, und letztere müssen den ersteren angeglichen werden. In solchen Fällen ist die Verwirkung am Platze; aber nur, wenn nach sorgfältigster Prüfung aller Umstände die Unzumutbarkeit oder die Unzulässigkeit der Rechtsausübung als gegen Treu und Glauben verstoßend festgestellt ist. Dabei darf man diese Momente nicht zu leicht als gegeben erachten, sondern daran sind strenge Anforderungen zu stellen. Aufgabe der Rechtsprechung und Lehre ist es, durch weitere Klärung des Begriffs der Verwirkung und möglichst genaue Festlegung ihrer Voraussetzungen und ihrer Wirkung die vorhandenen Zweifel und Unklarheiten zu beseitigen, andererseits aber darauf hinzuwirken, daß die Verwirkung nicht eine alltägliche Erscheinung im Rechtsleben wird, sondern bleibt, was sie ist und sein muß, ein außergewöhnlicher Rechtsbehelf.

# Lebenslauf.

Ich, Norbert Overbeck, wurde am 8. August 1910 als Sohn des Kaufmann Carl Overbeck und seiner Frau Clara geb. Varendorf in Essen geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule kam ich zu Ostern 1920 auf die Sexta des Goethe-Gymnasiums in Essen. An derselben Anstalt bestand ich zu Ostern 1929 die Reifeprüfung. Vom Sommersemester 1929 ab bis zum Sommersemester 1933 widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften, und zwar 3 Semester an der Universität Freiburg i. B., 2 Semester an der Universität in München und die übrige Zeit an der Universität Frankfurt (Main). Im Juni 1933 bestand ich am Oberlandesgericht Frankfurt (Main) die erste juristische Staatsprüfung und am 4. Mai 1934 die Doktorprüfung an der juristischen Fakultät der Universität Freiburg i. Br. Nach Abschluß meiner Studien beabsichtige ich einen kaufmännischen Beruf zu ergreifen und später in das väterliche Geschäft einzutreten.

Essen, im Mai 1934.

Norbert Overbeck.